

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

SIMILARITÉ ET PROCÉDÉS ET MÉTHODES DE PRODUCTION DES
PRODUITS : ÉTUDE CRITIQUE DE L'ARTICLE III DU *GATT*

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
PIERRICK PUGEAUD

DÉCEMBRE 2011

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Avant tout, je tiens à remercier mon directeur de mémoire, Rémi Bachand, professeur au Département des Sciences juridiques de l'UQAM et directeur du Centre de recherche sur le droit international (CÉDIM). Il m'a aidé et soutenu tout au long de ce parcours. Son enseignement des approches critiques du droit international et sa pédagogie constituent les plus importants apports de cette maîtrise.

Je tiens aussi à remercier Annie Rochette, Georges A. Lebel, professeurs au Département des sciences juridiques de l'UQAM pour leurs précieux conseils.

Je tiens à remercier également le Syndicat des professeurs de l'UQAM et le CÉDIM. Par leur apport financier, ces bourses ont couronné mes efforts et m'ont permis de poursuivre cette recherche.

Cécile... Merci pour tous ces moments d'étude – et de non-étude - que nous avons partagés ces dernières années.

Je remercie particulièrement ma famille pour son soutien et son encouragement indéfectible, sans lesquels je n'y serais jamais arrivé. Merci à tous.

Enfin, je tiens à remercier mon ami Bryan, pour son soutien, sa patience, et sa compréhension.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	ii
TABLE DES MATIÈRES	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS	vi
RÉSUMÉ	vii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
CADRE THÉORIQUE	9
1.1 Les principes de l'organisation sociale chez les libéraux	11
1.1.1 Un ordre social fondé sur la primauté du droit.....	12
1.1.2 L'égalité formelle comme outil de légitimation de l'ordre social	15
1.1.3 La primauté du droit transposée au droit international.....	18
1.1.4 Conclusion.....	20
1.2 Le <i>Legal Realism</i> et l'indétermination de la règle : une critique des théories libérales.	21
1.2.1 Le <i>Legal Realism</i> américain	21
1.2.2 Transposition de la pensée libérale au droit international : la critique du formalisme.....	24
1.3 Les <i>Critical Legal Studies</i> : de l'indétermination de la règle à l'indétermination du droit.....	28
1.3.1 L'indétermination relative des règles	28
1.3.2 La critique des <i>Crits</i> au formalisme libéral dans le cadre du droit national	30
1.3.3 Transposition de l'analyse au droit international.....	34
1.4 Conclusion	38

CHAPITRE II	
UNE CONCEPTION DE LA SIMILARITÉ FONDÉE SUR UN RAPPORT DE CONCURRENCE DES PRODUITS 40	
2.1	Le principe de traitement national sous l'article III du <i>GATT</i> 42
2.1.1	L'objet et le but de l'article III. 47
2.1.2	Nomenclature de l'article III 44
2.1.3	Distinction entre le champ des « produits similaires » et des « produits directement concurrents et substituables » sous l'article III..... 48
2.2	Les critères d'analyse de la similarité 53
2.2.1	L'étude de la similarité avant la publication du rapport sur les <i>Ajustements fiscaux à la frontière</i> 54
2.2.2	Le rapport <i>Ajustements fiscaux à la frontière</i> 55
2.3	L'approche économique comme préjugé structurel à l'analyse de la similarité..... 58
2.3.1	Le rapport de concurrence des produits..... 58
2.3.2	Un test de similarité confiné dans l'analyse économique des critères..... 63
2.4	Conclusions 73
CHAPITRE III	
LES PROCÉDÉS ET MÉTHODES DE PRODUCTION SOUS LE PRINCIPE DE TRAITEMENT NATIONAL. 75	
3.1	La classification des mesures liées aux procédés et méthodes de production (PMP) des produits 77
3.1.1	Définition..... 77
3.1.2	Taxonomies des mesures liées aux procédés et méthodes de production..... 79
3.2	L'approche des procédés et moyens de production dans les décisions du GATT et de l'OMC..... 84
3.2.1	L'affaire <i>Thon/Dauphin I</i> : les origines de la <i>product/process doctrine</i> 84
3.2.2	Les décisions subséquentes : un rejet des procédés et méthodes de production fondé sur les caractéristiques du producteur..... 90
3.3	Les procédés et méthodes de production et l'observation des « buts et effets » : une tentative vers l'inclusion de la dissimilitude des produits 98
3.3.1	Le test des « buts et effets » dans la jurisprudence du GATT/OMC 98
3.3.2	Une interprétation politique de l'Organe d'appel? 105

3.4	La décision <i>CE – Amiante</i> de 2001 : la justification politique de l’Organe d’appel à son approche économique de la similarité	110
3.4.1	Une approche économique de la similarité confirmée	110
3.4.2	L’analyse de la protection de la santé du consommateur : un élément de contrainte	115
3.5	Conclusion	120
	CONCLUSION	124
	BIBLIOGRAPHIE	133

LISTE DES ABRÉVIATIONS

OMC	Organisation mondiale du commerce
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
PMP	Procédés et méthodes de production
GATT	Accord général sur les tarifs et le commerce
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
SATAP	<i>So as to afford protection</i> . De manière à protéger
ORD	Organe de règlement des différends
CLS ou Crits	Critical Legal Studies
NPF	Nation la plus favorisée
TN	Traitement national
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CE	Communautés européennes
OIC	Organisation internationale du commerce

RÉSUMÉ

Depuis plusieurs décennies la question de l'admissibilité, au regard des accords du *GATT*, des mesures venant appliquer un régime réglementaire différent pour des produits distingués selon leurs procédés et méthodes de production fait débat. Ce débat soulève de fortes tensions au regard de la protection de l'environnement et des conditions de travail. Alors que certains États souhaitent mettre en œuvre de telles mesures, et notamment les États développés, les États du Sud s'opposent à ce qu'ils considèrent comme une forme d'ingérence dans leur politique intérieure et considèrent ces mesures comme de l'éco impérialisme. À ce jour, plusieurs décisions sont venues éclairer ce débat, lesquelles tendent à conclure à l'illégalité de ces mesures si elles n'ont pas d'impact sur le produit final, c'est-à-dire sur ces caractéristiques physiques.

Cette étude se propose d'étudier ce régime de distinction des produits sous l'angle précis de la clause de traitement national des accords du *GATT*. Au cœur de cette clause, un concept largement indéterminé, celui de la « similarité des produits ». À partir de l'analyse de plusieurs affaires devant les juridictions du *GATT* et de l'OMC portant sur le test de similarité, nous mettrons en exergue que même en l'absence d'une méthode unique quant à sa réalisation, les décisions en arriveront toujours à une conclusion qui permet de libérer le commerce international des entraves étatiques, quelles qu'elles soient. Cette analyse tendra à démontrer que l'interprétation de ce concept à recours à des éléments extra juridiques comme les préférences politiques des interprètes, lesquelles s'inscrivent dans les préjugés structurels de l'institution, en l'espèce l'OMC.

Cette constatation tend donc à mettre en avant que l'illégalité de ces mesures repose sur un raisonnement juridique contraint par l'idéologie propre à l'institution. Celle-ci opère une séparation entre la sphère publique et la sphère privée, autrement dit, vise à passer d'une conception de « *free trade* » à « *fair trade* » du commerce international conduisant à légitimer et à protéger les rapports de domination, tout en prenant en compte les contraintes pesant sur sa légitimité.

Mots-clefs :OMC; *GATT*; traitement national; similarité; procédés et méthodes de production; critical legal studies

INTRODUCTION

Au cours de ces deux dernières décennies, différents événements semblent contraindre la communautés internationales à réévaluer les liens qu'elles avaient tissés entre commerce et protection de l'environnement. Deux méritent d'être soulignés. Le premier est l'adoption en 1994 de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*¹, créant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et remplaçant le système préexistant de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*². Rompant avec des objectifs d'un autre temps, « un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits »³, le *Préambule* de l'*Accord de Marrakech*⁴ marque l'intégration du principe du développement durable dans ses objectifs à atteindre.

« Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique » (Nos surlignés)

¹ *Accord instituant l'organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord de Marrakech*]

² *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1er janvier 1948) [*GATT de 1947*].

³ *Ibid.*, Préambule.

⁴ *Accord de Marrakech*, *supra* note 1, au Préambule.

Le second est constitué par la prise en considération par l'OMC des liens toujours plus exacerbés entre commerce et environnement. En 1994 est créé le Comité du Commerce et de l'Environnement⁵. Son mandat est de « faire en sorte que les politiques en matière de commerce international et les politiques environnementales se renforcent mutuellement »⁶. Dans le même temps, l'Organe d'appel réaffirme le principe de l'autonomie des États afin de « déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale »⁷. Toutefois, « cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés. »⁸. Ce principe d'autonomie limitée crée des « tensions » entre le commerce international et les « préoccupations en matière de santé publique et d'environnement »⁹ dont une des illustrations est le relèvement toujours croissant du nombre des notifications¹⁰ relatives à l'environnement¹¹. Ces tensions vont s'illustrer par un accroissement des

⁵ OMC, Comité des négociations commerciales, *Décision sur le Commerce et Environnement*, OMC Déc. LT/UR/D-6/2 (14 avril 1994)

⁶ *Ibid.*, à la p.1

⁷ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, Organe d'appel, AB-1996-1 à la p. 32 [*États-Unis – Essence nouvelle*]

⁸ *Ibid.*

⁹ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, Organe d'Appel, AB-2007-4 au para. 210

¹⁰ Les notifications prévues à l'article 4. 4 *Mémoire d'accord* sont les demandes de consultations adressées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents par les États partis : *Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Mémoire d'accord*]

¹¹ Selon le dernier rapport du Comité sur le Commerce et l'Environnement, de 1997 à 2007 le nombre de notifications liées à l'environnement au titre des divers accords de l'OMC est passé de 168 à 444. Rapport du secrétariat, *Base de données sur l'environnement pour 2008*, OMC Doc. off. WT/CTE/EDB/8 (4 octobre 2010) à la p. 8.

politiques nationales visant la protection de l'environnement, dont les effets peuvent toucher directement ou indirectement au commerce¹².

La plupart des politiques nationales de protection de l'environnement visent à l'atténuation des émissions de gaz à effet de serre par l'internalisation des coûts de la pollution dans les coûts de production. La pollution étant une externalité négative du marché¹³, l'État se doit d'intervenir dans le marché pour pallier ses effets. Autrement dit, l'État agit pour internaliser ce qui est considéré par le système économique actuel comme une externalité. L'internalisation des externalités environnementales peut alors revêtir diverses formes selon les objectifs visés comme l'imposition d'une taxe sur le carbone¹⁴, le système de plafonnement et d'échange des droits d'émission¹⁵ ou encore la mise en place de réglementations visant à empêcher la détérioration de l'environnement imputable aux procédés et méthodes de production (PMP) comme les normes sur la qualité de l'air. Peu importe le système choisi, il est généralement reconnu que l'impact de ce type de politiques sur l'économie sera réel¹⁶. Les effets de cette internalisation pèseront soit sur les producteurs et fabricants nationaux, et tout particulièrement pour les secteurs très énergivores, soit sur les consommateurs, qui se verront répercuter ces surcoûts de production.

Ces réglementations soulèvent plusieurs préoccupations au sein des États. La première est celle de la fuite de carbone, « c'est-à-dire le risque de voir les industries

¹² Voir généralement PNUE, OMC, *Commerce et Changement Climatique*, Genève, OMC, 2009 [*Commerce et Changement Climatique*] Disponible en ligne : http://www.wto.org/French/res_f/publications_f/trade_climate_change_f.htm.

¹³ « Une externalité négative est un coût qu'impose à autrui un agent économique mais dont il ne tient pas compte dans sa décision de production ou de consommation » OCDE, *Les taxes liées à l'environnement dans les pays de l'OCDE: problèmes et stratégies*, Série Environnement, Paris, OCDE, 2001 à la p. 21

¹⁴ Plusieurs pays européens ont mis en place un système de taxe carbone, qui vise à donner un prix à la consommation de ressources dont la consommation émet du dioxyde de carbone. La Finlande a introduit une taxe carbone en 1990, la Suède en 1991, la France vient de voter la création d'une taxe carbone dans le budget 2010.

¹⁵ Système cap and trade nord américain

énergivores s'installer dans les pays qui n'ont pas de réglementation climatique »¹⁷. La seconde est relative à la distorsion de concurrence entre les pays, conséquence directe de la mise en place de ces prescriptions. Ces considérations risquent d'accroître les tensions entre les États mettant en place de manière volontaire des politiques contraignantes à l'égard de leur industrie, et les autres États. Face aux préoccupations des industries nationales, et dans l'objectif de protéger l'environnement, certains États pourraient alors prendre des mesures « qui imposent des coûts similaires aux producteurs étrangers par le biais d'ajustements à la frontière »¹⁸ afin d'égaliser les conditions de concurrence et de contrer la « fuite de carbone ».

Ces tensions ont trouvé un nouvel écho dans les déclarations de plusieurs dirigeants de pays occidentaux. Certains menacent de mettre en place de nouvelles politiques de protection de l'environnement prenant en compte ces risques de tensions afin de les atténuer¹⁹. Plusieurs États sont déjà passés à l'œuvre. Par exemple, les États-Unis ont en 1994 imposé un embargo sur les produits à base de rhinocéros ou de tigre en provenance de Taiwan. Taiwan réagit en modifiant dès 1994 sa législation afin de criminaliser le braconnage²⁰.

Celles qui nous intéressent particulièrement, et qui feront l'objet de cette étude, sont les réglementations qui appliquent un traitement différent, c'est-à-dire discriminent des produits, sur la base d'une distinction faite au regard des contraintes

¹⁶ OMC, *Commerce et Changement Climatique*, *supra* note 12.

¹⁷ *Ibid.* à la p. XIX

¹⁸ *Ibid.* à la p. XX.

¹⁹ Laurence Caramel, « La taxe carbone aux frontières refait surface » *Le Monde* (9 avril 2009) p. 4, en ligne : [infodelaplanete.org < http://www.infodelaplanete.org/5293/la-taxe-carbone-aux-frontieres-refait-surface.html>](http://www.infodelaplanete.org/5293/la-taxe-carbone-aux-frontieres-refait-surface.html).

²⁰ Daniel P. Blank, « Target-Based Environmental Trade Measures : A proposal For the New WTO Committee on Trade and Environment » (1999) 15 *Stanford Law Review* 61, à la p. 63. Sur l'action des États-Unis sur les sanctions commerciales touchant à l'environnement, voir Steve Charnovitz, «

réglementaires pesant sur leurs PMP²¹. Ce type de prescriptions nationales suscite de nombreuses interrogations au regard des règles du commerce international. Le rapport *Commerce et Changement Climatique* est l'illustration parfaite de ces nouveaux enjeux pour le commerce international qui viennent directement questionner le « rôle à jouer »²² du principe de non-discrimination dans ce débat. Pour préciser l'enjeu des PMP, prenons l'exemple suivant. Un État adopte une réglementation relative à la production et à la commercialisation du mobilier en bois. Il impose un régime discriminatoire sur le mobilier pour lequel le fabricant a utilisé du bois non issu d'une méthode de production durable ou incertaine, par rapport au mobilier fabriqué uniquement à partir de bois issu d'une méthode de production durable. De plus, cette mesure s'applique aussi bien aux produits nationaux qu'aux produits importés. Le critère développé ici est celui de la distinction entre produit certifié issu de méthode de production durable et produit non certifié comme étant issu de production durable et la prescription vise la protection de l'environnement. La question qui se pose alors est celle de la légalité de cette mesure au regard des règles du GATT, et plus particulièrement de l'article III. Autrement dit, ces produits sont-ils similaires?

Dans le cas de notre étude, l'indétermination du concept de similarité des produits fait qu'il est nécessaire de recourir à son interprétation. Or, l'interprétation qui en est faite semble enfermer le concept de similarité dans une interprétation qui s'oriente avant tout vers l'objectif d'une garantie d'ouverture des marchés nationaux, excluant ainsi tout autre objectif et considérations, notamment la protection de l'environnement ou des conditions de travail. L'interprétation de ce concept par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, plus généralement celui du traitement national,

Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices » (1993-1994) 9 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 751.

²¹ Commerce et Changement Climatique, supra note 14 à la p. XX.

²² *Ibid.*

ainsi que de l'objectif des accords du GATT, par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel semble aujourd'hui aboutir à l'illégalité des mesures dont la distinction des produits se fonde sur les PMP non liés aux produits participant à ce que Hudec appelle la *product process doctrine*²³. Dans cette éventualité, les États sont confrontés à une diminution de leur marge de manœuvre dans la protection de l'environnement. Ne pouvant plus protéger leur marché intérieur face aux conséquences de la mise en place de ces mesures, c'est-à-dire, la fuite de carbone et la distorsion de concurrence, ces derniers hésiteraient à mettre en place des législations portant sur les procédés et méthodes de production. Il serait loisible de comparer cette doctrine à l'image du serpent qui se mord la queue. Les États souhaitant agir sur les PMP non liés au produit se doivent d'agir sur les produits importés et nationaux de la même manière afin de ne pas désavantager leur marché. Pourtant, leur impossibilité à faire supporter aux produits importés ce type de mesure, les conduisent finalement à y renoncer, afin de protéger leur marché national, à moins de sacrifier leur industrie au profit de celle des autres pays. Ainsi, l'objectif premier, la protection de l'environnement cède face à l'objectif d'une libéralisation des marchés. Cet objectif véhiculé par l'OMC et les décisions de ces organes juridictionnels a aujourd'hui pénétré la majorité de la doctrine, qui considère cette interprétation comme étant le droit²⁴.

Cette approche qui conduit au rejet de toute autre interprétation nous interpelle tant sur sa justification juridique que sur les implications politiques. Les thèses développées par les tenants des *Critical Legal Studies* (CRLS ou CLS) affirment que

²³ Robert E. Hudec, « The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence », in Marco Bronckers et Reinhard Quick, dir., *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 [Hudec, « Product-Process Doctrine »].

²⁴ Voir Thomas J. Schoenbaum, « International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation » (1997) 91 *American Journal of International Law* 268; Joshi Manoj, « Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organization Agreements? » (2004) 38:1 *Journal of World Trade* 69; Reinhard Quick et Christian Lau, « Environmentally motivated tax distinctions and WTO law » (2003) 6:2 *Journal of International Economic Law* 419.

l'objectivité du juge, face à une règle non déterminée, laisse place à une subjectivité baignée de préjugés et de préférences politiques personnelles de l'interprète. De plus, pour Martti Koskiennemi, l'indétermination du droit aboutit à l'émergence de telles approches privilégiées en raison de ce qu'il nomme des préjugés structureaux, c'est-à-dire « des tendances particulières et des préférences substantives non juridiques des institutions ». Ainsi, ces thèses, par leur critique du formalisme juridique, en viendraient à affirmer que la motivation des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel repose sur l'existence de préjugés structureaux, tels que l'objectif de protection d'un commerce international libéré des régulations étatiques, plutôt que sur une interprétation « objective » des règles, expliquant ainsi la mise à l'écart de tout objectif environnemental dans son raisonnement juridique. Cette approche nous amène à soulever l'hypothèse qu'une interprétation contraire de la clause de traitement national pourrait tout aussi bien être proposée sans égard à sa validité sur le plan juridique. Ainsi, on est en droit de se demander si le concept de « produits similaires » peut, dans le cadre de l'article III des accords du *GATT*, s'interpréter de manière à ce que les prescriptions nationales, fondées sur une distinction des produits au regard des PMP non liés dont l'objectif visé est la protection de l'environnement, soient conformes au principe de traitement national. Autrement dit, cette interprétation ne se fonde-t-elle pas sur un choix politique en faveur d'une position particulière, découlant des préjugés structureaux de l'OMC?

Afin de répondre à cette question, une analyse systématique de l'ensemble des décisions touchant l'application du test de similarité dans le cadre de l'article III des accords du *GATT* est obligatoire. Il sera nécessaire de rechercher et d'étudier les critères retenus par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel lors de l'examen de la similarité des produits ainsi que la méthodologie et les justifications utilisées pour les appliquer. De plus, dans la mesure où nous émettons l'hypothèse que l'interprétation de la similarité des produits trouve sa source dans les préférences politiques des interprètes, l'analyse des prétentions des parties sera également pertinente.

Avant de débiter l'analyse de ce *corpus* jurisprudentiel, nous étudierons de manière approfondie dans un premier chapitre les critiques adressées aux doctrines traditionnelles et au formalisme juridique. Cette critique s'appuiera notamment sur la thèse de l'indétermination des règles formulée par les réalistes, et sur celle de l'indétermination du droit faite par les *Crits*. Cette dernière thèse défendant l'idée que le raisonnement juridique des interprètes en appelle à leurs préférences politiques, tout en étant structuré par des préjugés propres à l'institution, nous étudierons dans un second chapitre l'analyse faite par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel du concept de similarité des produits. Cette analyse cherchera à mettre en exergue la conception idéologique de l'OMC au regard de la clause de traitement national. Enfin, nous verrons dans le chapitre III que l'illégalité posée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel des mesures se fondant sur les PMP non liés aux produits repose sur un raisonnement juridique qui est contraint par cette conception idéologique, mais également par des contraintes relevant de sa légitimité.

CHAPITRE I

CADRE THÉORIQUE

Dans ce chapitre introductif, nous présenterons le cadre d'analyse sur lequel s'appuiera cette étude, soit celui des *Critical Legal Studies*. Cette école de pensée appartient à mouvement doctrinal plus général débutant dans les années 70 et connu sous le nom générique des « *New Approches to International Law* » (*NAIL*). Regroupant une multitude de courants, les écoles qui le composent s'identifient comme le *newstream* (*new stream*)²⁵ du droit international. Elles visent à développer une analyse critique des doctrines traditionnelles du droit international, tant sur le plan de l'ontologie que sur celui de l'épistémologie dans le but de repenser le droit international tel qu'analysé par le *mainstream*²⁶.

L'école des *Crits* est née aux États-Unis en 1977 lors de la *First Conference on Critical Legal Studies*²⁷ sous l'impulsion de juristes américains en réaction aux approches juridiques traditionnelles²⁸. « [C]oalition instable de chercheurs

²⁵ Sur les écoles du *newstream*, voir par exemple David Kennedy, « A New Stream of International Law Scholarship » (1988-1989) 7 *Wisconsin International Law Journal* 1

²⁶ Thomas Skouteris, « Fin de *NAIL*: New Approches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship » (1997) 10 *Leiden journal of International Law* 415 à la p. 417.

²⁷ First Conference on Critical Legal Studies, Université de Wisconsin-Madison, 1977.

²⁸ Sur l'historique des *CRITS*, voir Peter Fitzpatrick, Alan Hunt, « Critical Legal Studies: Introduction » (1987) 14 *Journal of Law and Society* 1; Allan C. Hutchinson, Patrick J. Monahan, « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought » (1984) 36 *Stanford Law Review* 199.

universitaires unis par un engagement critique radical et éclectique, une remise en cause des approches fondamentales de la science juridiques »²⁹ selon David Kennedy, les *Crits* sont pour la plupart issus des mouvements sociaux américains des années 60 et sont influencés par les théories de l'école marxiste et par le structuralisme³⁰. Leurs travaux sont d'abord orientés vers une critique interne du droit américain dominé à l'époque (encore aujourd'hui) par les théories libérales. S'appuyant sur la thèse de l'indétermination des règles développée par les réalistes, ils s'attachent à déconstruire les fondements des thèses libérales, le formalisme et la neutralité du système juridique, qui supposent que les règles, objectives et impartiales, s'appliquent de manière uniforme. Les *Crits* vont également intégrer dans leurs travaux une critique externe du droit, en cherchant à démontrer que le droit, dans les sociétés capitalistes avancées, est un instrument, un outil d'oppression, mis au service des intérêts politiques des dominants³¹. Le projet des *Crits* est de « déconstruire le discours et les fondements philosophiques libéraux afin de montrer l'illégitimité des structures hiérarchiques et de domination et des inégalités de faits existant dans les sociétés occidentales et libérales »³². Dans cet objectif, les *Crits* vont s'attacher à revenir aux fondements des théories libérales (1.2), dont le contenu a été principalement étudié par Roberto Unger dans son livre *Knowledge and Politics*³³. Puis reprenant le thème de l'indétermination des règles empruntée aux réalistes, les *Crits* chercheront à délégitimer la structure des sociétés libérales en s'attaquant à l'un des postulats fondamentaux de la pensée libérale qu'est la primauté du droit (1.3). Ces théories,

²⁹ David Kennedy, « Critical Theory , Structuralism and Contemporary Legal Scholarship » (1985) 21 New Eng. L. Rev 209, à la p. 1 [Notre traduction]; Dans le même sens Robert W. Gordon, « Critical Legal Studies » (1986) 10 Legal Studies Forum 335 à la p. 337.

³⁰ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean Arnaud, dir., 2e éd., Paris, LGDJ/Montchrestien, 1993, à la p. 133. Voir aussi, *ibid.*

³¹ Gordon, « Critical Legal Studies », *supra* note 29 à la p. 335.

³² Rémi Bachand, Les contraintes juridiques et extra-juridiques de l'interprétation juridictionnelle des traités de droit international : l'exemple du droit international économique, thèse, Université Paris 1, Paris, France, 2007, à la p. 117 [non-publiée].

³³ Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics*, London (ON), Collier Macmillan, 1976.

d'abord appliquées au droit interne étasunien principalement, seront ensuite appliquées au droit international notamment par David Kennedy et Martti Koskienniemi dans les années 80. Ce dernier s'appuyant sur la théorie de l'indétermination du droit développée par le *Crits* développera la thèse des biais structurels dans son livre *From Apology to Utopia*³⁴ en 1989 (1.4).

1.1 Les principes de l'organisation sociale chez les libéraux

Apparu dans un contexte de domination des théories libérales, le mouvement des *Crits* a tout d'abord cherché à en établir les postulats fondamentaux. La question fondamentale à la base des théories libérales, qui sont au fondement de nos sociétés « capitalistes avancées »³⁵, est comment surmonter l'exigence de liberté individuelle et d'ordre social³⁶. Ce « paradoxe » selon la formule de Martti Koskienniemi³⁷ est résolu par la création d'un ordre social légitime libéré de toutes considérations politiques. Selon les *Crits*, c'est la nature de cette légitimité qui est au cœur de la psychologie libérale³⁸. Autrement dit, c'est la recherche d'un équilibre entre l'individualisme et l'altruisme³⁹, c'est-à-dire les intérêts de chacun et ceux du groupe, qui est au cœur des théories libérales⁴⁰.

³⁴ Martti Koskienniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Arguments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [Koskienniemi, *From Apology to Utopia*]

³⁵ Gordon, « Critical Legal Studies », *supra* note 29 à la p 335.

³⁶ Voir Cornelius F. Murphy, « Liberalism and Political Society » (1985) 26 Am. J. Juris. 125 aux pp. 143 et s.

³⁷ Koskienniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 à la p. 71.

³⁸ Pour Roberto Unger ce paradoxe entre « hostilité mutuelle et dépendance mutuelle » vient du fait que ces deux lignes de conduite ont les mêmes sources. Pour reprendre Unger, « les mêmes buts qui font des hommes des ennemis sont les mêmes que ceux qui en font des alliés indispensables », soit le désir de confort, le pouvoir et la gloire. Le désir de confort nécessite le travail des autres, le pouvoir est directement issu du contrôle du travail, la gloire et la conséquence de l'interdépendance entre les Hommes. *Knowledge and Politics*, aux pp. 64-67.

³⁹ Sur altruisme *versus* individualisme, voir Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975) 89 Harvard Law Review 1685 à la p. 1713.

⁴⁰ Koskienniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 à la p. 85.

1.1.1 Un ordre social fondé sur la primauté du droit

Plusieurs théoriciens libéraux ont tenté d'atteindre cette réconciliation. Nous reviendrons ici, sur les thèses avancées par Hobbes, Rousseau et Locke dans un contexte de droit interne, avant de revenir à un contexte international.

Pour Hobbes⁴¹, l'existence d'un souverain, auquel l'individu aurait délégué une partie de sa liberté, est dans l'intérêt même de l'individu, puisqu'il est le seul capable d'assurer sa sécurité et la protection de sa propriété. L'existence de ce souverain se fonde sur des arguments libérés de toutes considérations d'ordre politique, c'est-à-dire, lié à des considérations subjectives. Elle repose, d'une part, sur le consentement des individus à lui déléguer leurs libertés. Cette légitimité dite « ascendante »⁴² repose sur deux principes fondamentaux du libéralisme, issus du rejet de toute idée de justice naturelle. Le premier étant que tout Homme est libre puisqu'il n'existe aucune règle préexistante. Le second est que tous les Hommes sont égaux puisqu'ils n'existent pas de principes antérieurs définissant la position hiérarchique de chacun⁴³. Des ces principes, Hobbes en déduit donc, qu'il est nécessaire afin de les protéger d'eux-mêmes, de constituer un ordre social passant par cette délégation de libertés⁴⁴ qui devient un acte simplement causal et repose sur un consentement tacite d'ordre psychologique⁴⁵. D'autre part, elle repose sur sa capacité à contraindre ceux qui ne lui sont pas soumis (légitimité descendante), dans le but de surmonter les intérêts particuliers de chaque individu. La légitimité de ce souverain est donc double et découle d'un argument psychologique et causal fondé sur un consentement tacite. Toutefois, l'absolutisme du souverain interroge sur la légitimité d'un ordre social, qui

⁴¹ Thomas Hobbes, *Leviathan Traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civil*, 1651.

⁴² Sur la légitimité ascendante descendante, voir Koskienniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 aux pp. 71 et ss.

⁴³ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007, à la p. 53.

⁴⁴ « [T]oute société est préférable à l'état de nature », *ibid.*, à la p. 83.

⁴⁵ Koskienniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 à la p. 81.

à la fois, protège les individus de leur état de nature, et représente une menace pour eux-mêmes. Locke et Rousseau⁴⁶ vont tenter de surmonter cette contradiction par une relecture du consentement et la définition de droits fondamentaux.

Pour ces auteurs, la légitimité de l'ordre social repose également sur un argument ascendant descendant. Toutefois, le fondement de la légitimité ascendante pour ces auteurs diffère puisque le consentement ne relève plus d'un argument psychologique et causal. Considérant que le consentement n'est pas naturel (psychologique) et initial, à la différence de Hobbes, ils estiment que le consentement est par nature continu et repose sur la compréhension des choix et intérêts de chaque individu :

Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues, jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits, et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça.⁴⁷

L'ordre social est donc, non seulement consensuel (légitimité ascendante), mais également contraint par le respect permanent d'une distinction entre sphère publique et sphère privée, venant protéger des droits fondamentaux. Le souverain voit alors ses pouvoirs limités, protégeant l'individu des dangers de l'absolutisme d'un souverain.

Dans cette vision, le libéralisme est fondé sur une contrainte faite aux libertés individuelles, contrainte qu'il doit justifier au regard de droits fondamentaux venant garantir la liberté de l'individu dans un ordre social, ce qui nous interroge sur le

⁴⁶ John Locke, *Traité sur le Gouvernement Civil* (1690); Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politiques*, 1762.

⁴⁷ Rousseau, *ibid.*, livre premier, ch. 6.

contenu et la définition de ces droits fondamentaux. Comme nous l'avons vu, ces droits doivent être libérés de toutes considérations particulières, et reposent sur une distinction entre subjectivité et objectivité⁴⁸. Cette approche nous questionne sur le contenu de ces droits, dont l'indépendance doit être garantie face au pouvoir des gouvernements, sans quoi, ces droits ne pourraient plus les restreindre. Si l'on suppose que ces droits existent préalablement à l'Homme, il serait nécessaire de faire appel aux théories du droit naturel. Or, ces théories ont été critiquées, car ne servant qu'à justifier des préférences, c'est-à-dire des valeurs subjectives⁴⁹. Les libéraux vont répondre à ce problème en se fondant sur un principe de légitimité formelle⁵⁰. Selon Unger, cette légitimité repose sur la mise en place d'une société gouvernée par la règle de droit ou la primauté du droit, autrement dit, un État de droit, puisque « seul un système de règles prescriptives portant les caractéristiques de la norme peut résoudre les problèmes de l'ordre et de la liberté »⁵¹. Ainsi, aux principes fondamentaux d'Homme libres et égaux, les libéraux ajoutent celui de la primauté du droit⁵² que nous allons maintenant étudier.

⁴⁸ Koskiennemi, *From Apology to Utopia*, supra note 34 à la p. 85.

⁴⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad., Philippe Folliot, 2002, en ligne : [classiques.uqac.ca <http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan.html>](http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan.html) [non publiée]

un homme appelle sagesse ce que l'autre appelle crainte, et l'un appelle cruauté ce que l'autre appelle justice, l'un appelle prodigalité ce que l'autre appelle magnificence, l'un appelle gravité ce que l'autre appelle stupidité, etc. Et donc, de telles dénominations ne peuvent jamais être les vrais fondements d'une rationalisation

⁵⁰ Koskiennemi, *From Apology to Utopia*, supra note 34, à la p. 71 :

This reconciliation rests on the Rule of Law: a legitimate social order is one which is objective, one that consists of formally neutral and objectively ascertainable rules, created in a process of popular legislation. The more the order is neutral and ascertainable (that is, the more it is normative and concrete) the better the freedoms (as mediated through legislation) can be guaranteed.

⁵¹ Unger, *Knowledge and Politics*, supra note 38 à la p. 72

⁵² Koskiennemi, *La politique du droit international*, supra note 43, à la p. 53.

1.1.2 L'égalité formelle comme outil de légitimation de l'ordre social

Afin de remplir leur fonction d'équilibre entre ordre et liberté et légitimer un ordre social venant établir des contraintes sur les individus, les règles édictées doivent recouvrir les caractéristiques suivantes selon Roberto Unger : générales, uniformes, publiques et sanctionnées par un arsenal coercitif⁵³. La généralité de la norme lui assure un caractère impersonnel. Cette caractéristique est associée à l'idée d'égalité formelle (*political ideal*)⁵⁴ entre les individus. Cette généralité en appelle toutefois à une application uniforme de la norme. Cette uniformité exige la mise en place de technique permettant d'asseoir la décision sur la déduction de conclusion à partir de prémisses⁵⁵. L'État ou l'institution qui établit la règle devant se positionner au-dessus des antagonistes des intérêts particuliers, ou se comporter comme une structure permettant de réconcilier les différents intérêts. Ainsi édicté, le caractère impersonnel est garanti. Ce même caractère en appelle au caractère public de la norme, reflétant un État au-delà de toute interférence avec les intérêts privés. Enfin, la mise en œuvre coercitive de la norme permet sa protection contre les intérêts privés⁵⁶.

Dans la même perspective que Roberto Unger, Duncan Kennedy fait reposer cette légitimité sur une *Legal Formality*, ou « légalité formelle », qu'il définit en trois points :

(a) the purpose of the system is to serve the conflicting ends of a legitimately representative lawmaker; (b) a substantively rational law-making process-

⁵³ Unger, *Knowledge and Politics*, *supra* note 38 à la p. 73.

⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 74.

⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 75.

⁵⁶ Pour une étude plus poussée de ces caractères, voir *ibid.*, pp. 73-76. Aussi, Koskenniemi reprendra ce modèle de légitimité, reposant sur un ordre social neutre, qui « se compose de règle formellement neutre et objectivement vérifiables, créées au moyen d'un processus de validation formelle populaire ». Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 à la p. 71.

*produces a body of rules designed to achieve this ends; (c) rule appliers apply the rules to cases presented to them by disputing private parties.*⁵⁷

Le modèle de formalité proposé par Duncan Kennedy, vise à mettre en place un processus de négociation entre les différents intérêts représentés au sein d'un organe législatif aboutissant à des compromis et à l'adoption d'un ensemble de règles dont l'application est confiée par cette même institution à des « *rule appliers* ». Ces derniers mettent en œuvre ces compromis à travers un ensemble de règles de procédure. Ces procédures visent à garantir que ces « *rule appliers* » se contentent de trouver le droit et non de le faire⁵⁸.

Ce « paradoxe », comme le qualifiait Martti Koskenniemi, est ainsi résolu par la création de règles auxquelles les principes suivants sont donnés :

*I will interact with others as long as they respect my rights. The state will police all boundary crossings by private parties. If no boundaries has been crossed, we can pretend, that the interaction has been painless. Because state officers might, in the ostensible course of policing private boundary crossings, themselves become a source of painful oppression, we limit them both by insisting that they enforce only clear rules and by establishing some seprate rights that are relevant only vis à vis the state*⁵⁹.

L'ordre social, tel que perçu par les libéraux, repose donc sur la mise en place d'une procédure législative rationalisée afin d'en exclure toute idée d'arbitraire et de prévalence de certains intérêts privés. Les règles adoptées ou appliquées selon ce processus permettent ainsi la légitimation de la contrainte faite aux individus. Ces derniers devant se soumettre à leur contenu, qu'ils y soient favorables ou non,

⁵⁷ Duncan Kennedy, « Legal Formality » (1973) 2 Journal of Legal Studies 351 aux pp. 358-59.

⁵⁸ *Ibid.*, aux pp. 367-68.

⁵⁹ Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, à la p. 63.

puisqu'il repose sur un modèle de formalité accepté par tous. Selon Duncan Kennedy, les

règles issues du compromis ne sont pas justes ou "*right*", elles sont une pièce d'un large puzzle, non pas acceptées pour notre propre intérêt, mais pour en échange des bénéfices ou dommages reçus des autres règles⁶⁰.

Une autre des caractéristiques de ce modèle de formalité et celle du processus d'application de la règle de droit qui se fonde sur le principe de déductibilité. Afin que chaque individu puisse adopter un comportement conforme aux contraintes qui lui sont imposées, la règle de droit doit être préalablement connue de tous, donnant à tout individu l'étendue de sa liberté. Ces règles doivent ainsi obéir aux principes de prévisibilité et de clarté participant à la sécurité de l'individu, en le protégeant de l'arbitraire. Les caractéristiques de la règle de droit ainsi établies exigent une application objective, permettant de couvrir toutes les situations. Ainsi, l'interprétation de la règle de droit par le juge découle d'une interprétation déductive, ce qui suppose que des décisions portant sur des faits analogues seront relativement semblables. La règle de droit et son application, issue d'une interprétation déductive, peuvent être préalablement connue de tous, répondant à la fiction libérale de l'ordre juridique *Nemo censetur legem ignorare* et à celle de la règle servant l'intérêt général et non l'intérêt particulier. Ce formalisme permet ainsi de légitimer la société libérale et d'exclure toute idée d'arbitraire. Le droit découle d'une structure logique, se fondant sur la règle de droit, totalement indépendante et abstraite de tout autre facteur⁶¹. Dans ce cadre, le juge est un interprète de la règle l'appliquant de manière

⁶⁰ Duncan Kennedy, « Legal Formality », *supra* note 57 à la p. 371 (Notre traduction).

⁶¹ Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975-1976) 89 Harv. L. Rev. 1685 à la p. 1917 et s; *Ibid.*, à la p. 1724 :

objective et mécanique⁶². Le modèle de formalité des libéraux se traduit donc par une application logique de la règle de droit, fondée sur la déductibilité par un juge qui est vu comme un exécutant et non comme un créateur de droit, permettant « de laisser croire à la société que certaines positions concernant certains enjeux sont déjà décidées et sont immuables »⁶³

L'analyse de la pensée libérale par les *Crits* nous amène donc à concevoir un système d'organisation sociale dominé par la règle de droit pour former un État de droit libéré de l'arbitraire et de l'interférence des intérêts particuliers. Toutefois, qu'en est-il dans le cadre de la société internationale? Nous allons voir que les principes libéraux ont été transposés à l'organisation de la société internationale, fondant ce que l'on a appelé la primauté du droit international.

1.1.3 La primauté du droit transposée au droit international

Dans la sphère internationale, le paradoxe repose sur le fait que les États sont à la fois « soutenus » et « menacés par la socialisation avec les autres États »⁶⁴. S'appuyant sur les mêmes postulats appliqués à la société civile, les juristes vont par analogie, transposer les principes des philosophes libéraux à la société internationale. Considérant que l'on ne peut fonder un ordre social uniquement sur les valeurs des membres qui la constituent, valeurs par essence subjectives, le principe de la primauté du droit va « naturellement s'étendre à l'organisation de la société internationale »⁶⁵.

« The typical legal argument at least pretends that it is possible to get from some universally agreed or positively enacted premise (which may be the importance of protecting a "social interest") to some particular desirable outcome through a combination of logic and "fact finding" (or, more likely, "fact asserting").

⁶² Duncan Kennedy, « Legal Formality », *supra* note 57 à la p. 8.

⁶³ Bachand, *Thèse*, *supra* 32, à la p. 130.

⁶⁴ Rémi Bachand, « Présentation », dans David Kennedy, *Nouvelles approches du droit international*, Pédone, Paris, 2007, à la p. 14.

⁶⁵ Koskeniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 52.

De la même manière que pour les sociétés civiles, la philosophie libérale part du postulat que :

[l]a communauté internationale est représentée comme une simple somme ou juxtaposition de membres indépendants ou souverains. Indépendants non seulement par rapport aux autres membres individuellement considérés, mais aussi par rapport à leur ensemble⁶⁶.

Afin de protéger la société internationale de l'anarchie, par la poursuite des États de leurs désirs subjectifs, l'application du principe de primauté du droit international, cherche à limiter la conduite des États par à l'adoption de règles libérées de toutes considérations politiques⁶⁷. Dans son ouvrage *La politique du droit international*⁶⁸, Martti Koskenniemi dresse un tableau de ce phénomène de judiciarisation des rapports interétatiques qui a débutait au XIX^e siècle. Conséquemment à l'analogie des postulats libéraux sur la société internationale, les principes sur lesquels ces rapports étaient fondés, devaient devenir « des principes neutres et objectifs – c'est-à-dire des règles et principes juridiques »⁶⁹. Ainsi, le droit international va s'attacher à développer une procédure et un formalisme, notamment au travers de la théorie des sources du droit international qui va se concentrer sur le consentement des États. Ces sources sont « conçues d'une façon uniforme, comme des variétés d'une seule catégorie: le contrat, étant donné que même la coutume est représentée, d'après la terminologie de Grotius, comme une *tacita conventio* »⁷⁰. L'imposition de la primauté du droit au cours de ces deux derniers siècles a toujours eu pour fonction

⁶⁶ Rolando Quadri, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public » (1952) 80 RCADI 580 à la p. 609.

⁶⁷ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 54.

⁶⁸ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, aux pp. 52-56.

⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 54.

⁷⁰ Quadri, *supra* note 66 à la p. 609.

« d'échapper à l'emprise du politique qui est toujours conçue comme la poursuite de valeurs subjectives et conflictuelles »⁷¹.

1.1.4 Conclusion

Cette section nous a permis de faire ressortir les postulats libéraux selon les auteurs *CLS*. Ils nous enseignent que la philosophie libérale de l'organisation de la société, civile, ou internationale, repose sur l'idée d'un État de droit fondé sur le principe de la primauté du droit. Cette forme d'organisation est issue d'un compromis entre les individus, venant contraindre les libertés des individus, afin de les protéger de l'état de nature, et de l'anarchie. La primauté du droit apporte la légitimité nécessaire au maintien de ce compromis au moyen de l'établissement de règles de droit dont les caractères essentiels, générales, uniformes, publiques et sanctionnées par un arsenal coercitif, permettent de protéger l'individu contre toute idée d'arbitraire et de connaître le contenu de sa liberté. Ainsi, comme l'écrit Joseph Singer, la « détermination » de la règle de droit devient le corollaire du principe de primauté du droit, elle permet d'affirmer le rôle de la logique dans l'application par le juge de la règle de droit qui doit alors exclure tout élément non juridique de son raisonnement fondé sur une mécanique du système :

*Determinacy is necessary to the ideology of the rule of law, for both theorists and judges. It is the only way judges can appear to apply the law rather than make it. Determinate rules and arguments are desirable because they restrain arbitrary judicial power*⁷².

Or, c'est principalement cette détermination qui sera l'objet de la critique lancée par les réalistes, que nous allons étudier dans la prochaine section, puis par les *Crits* .

⁷¹ Koskeniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 55.

⁷² Joseph William Singer, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory » (1984) 94:1 Yale Law Journal 1 à la p. 12.

1.2 Le *Legal Realism* et l'indétermination de la règle : une critique des théories libérales.

Le mouvement « réaliste » américain⁷³ va s'attaquer à ce corollaire de la détermination de la règle de droit. S'appuyant sur l'indétermination de la règle et critiquant l'idée de l'approche formelle, ils chercheront à déconstruire une conception de la règle de droit appuyée sur son application déductive et logique (1.3.1) tant sur le plan interne qu'international, forçant l'école libérale à intégrer dans leur théorie une part de leur critique (1.3.3)

1.2.1 Le *Legal Realism* américain

Justice Holmes⁷⁴ est l'un des premiers auteurs à formuler une critique à la conception d'un droit fondé entièrement sur la logique. Dans son ouvrage *The Common Law*⁷⁵ il s'attaque au formalisme et à l'approche mécanique du droit tel que pensé par le positivisme juridique des théories libérales. Selon sa formule, « [t]he life of the law has not been logic : it has been experience »⁷⁶, le droit ne doit pas s'observer comme une mécanique à la logique absolue. À la déduction de certitudes, il faut préférer une logique relative, une logique de prédiction des probabilités⁷⁷. Cette analyse du droit

⁷³ On retrouve souvent dans la littérature une opposition à affirmer que le réalisme américain (*Legal Realism*) est un mouvement et qu'il peut être véritablement défini en tant que position doctrinale étant donné son manque de cohérence tant sur le plan des questions de recherche que sur sa structure. Voir par exemple, Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, à la p. 65.

⁷⁴ Oliver Wendell Holmes fut juge à la Cour suprême des États-Unis de 1902 à 1932. Il est considéré comme le pionnier du *Legal Realism*. Voir notamment Julius Paul, « Foundation of Legal Realism » (1957-58) 37 *West Virginia Law Review* 37 aux pp.38 et s.

⁷⁵ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little Brown Compagny, 1881.

⁷⁶ *Ibid.* à la p.1.

⁷⁷ Oliver Wendell Holmes, « The Path of the Law » (1896-97) 10 *Harv. L. R.* 457 aux pp. 458-65; John Dewey, « Logical Method and Law » (1924) 10 *Cornell Law Quarterly* 17 à la p. 26 : « [The] logic must be abandoned or [...] it must be a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties ».

écarte l'analyse déductive des libéraux au profit d'une l'analyse empirique (*experience*) et historique⁷⁸. À la prévisibilité, Holmes substitue la prédictibilité⁷⁹.

Les travaux du Doyen Pound suivront de peu ceux de Holmes. Roscoe Pound, alors doyen de l'Université de Harvard, n'est pas généralement inclus dans le mouvement réaliste, mais dans l'école sociologique du droit. Toutefois, son analyse du droit, et plus particulièrement du travail du juge dans l'interprétation du droit, se rapproche sur certains aspects de celle de Holmes, et plus tard de Karl Llewellyn, auteur important chez les réalistes⁸⁰. Pour les auteurs réalistes, comme pour ceux de l'école sociologique du droit, étant l'évolution constante du monde, le droit doit lui aussi s'adapter à travers notamment le juge à qui on attribue un rôle central dans cette adaptation⁸¹.

⁷⁸ Holmes, *supra* note 75 à la p. 25. « The history of what the law has been is necessary to the knowledge of what the law is ».

⁷⁹ *Ibid* à la p. 36.

⁸⁰ Roscoe Pound, est davantage associée à l'école sociologique du droit, dont il est considéré comme l'un des fondateurs, qu'au mouvement réaliste étasunien. Cette école de la sociologie du droit plaide pour « *reinvestigat[ion of] the theories of justice, of law and of right. We [les théoriciens] must seek the basis of the doctrine [...] in a scientific apprehension of the relations of law and society and of the needs and interests and opinions of society of to-day.* ». (Roscoe Pound, « The Need of a Sociological Jurisprudence » (1907) 19 Green Bag 607, à la p. 611.) Pour Pound, le travail du juge de *Common Law* se divise en deux tâches. La première est de prendre une décision lors du règlement d'un différend. Dans celle-ci, le juge suit trois étapes, celle de trouver le droit applicable, l'interpréter, et l'appliquer au cas de l'espèce. (Roscoe Pound, « The Theory of Judicial Decision » (1923) 36 Harvard Law Review 641, 802 et 940, à la p. 954 : (i) *selection of the legal material on which to ground the decision, or as we commonly say, finding the law*; (2) *development of the grounds of decision from the material selected, or interpretation in the stricter sense of that term*; (3) *application of the abstract grounds of decision to the facts of the case.*[]) Or, selon Pound, ce « raisonnement légal traditionnel », ne repose pas sur une application mécanique et uniforme du droit, mais en appelle forcément à l'intuition du praticien fondée sur l'expérience (*Ibid.*, à la p. 951). Dans sa seconde fonction, le juge doit poser le droit pour les différends ayant les mêmes faits, et comme base de raisonnement pour les cas analogues. Ici, le juge devra considérer sa décision dans un processus social (« *judicial decision as part of a larger process of social engineering* »), dans lequel la législation s'y insère également (*Ibid.*, à la p.955).

⁸¹ Sur les rapports entre l'école sociologique du droit et le réalisme américain voir François Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit » (1987) 39:2 Revue internationale de droit comparé 343.

Pour Pound, comme pour Holmes, à la logique, sont substitués les critères sociaux, dont l'utilisation dans le travail d'interprétation du juge vise un objectif d'utilité sociale⁸². Il affirmera ainsi que la justice ne s'administre pas au regard uniquement de la loi, mais qu'il existe également des éléments non-légaux (« *anti-legal* »⁸³ ou « *non-legal* »⁸⁴) qui sont pris en compte lors de l'application de la règle de droit. Ces derniers « interfèrent avec une application uniforme et automatique de la règle »⁸⁵. Ils sont à rechercher, pour Pound, à l'extérieur du droit, et sont tels que la discrétion, les controverses individuelles et la bonne gestion⁸⁶.

Toutefois, pour les réalistes, comme Karl Llewellyn, l'analyse du droit doit se distancier davantage des règles⁸⁷. Comme Holmes, il conteste toute idée de prévisibilité : « *there is less possibility of accurate prediction of what courts will do than the traditional rules would lead us to suppose* »⁸⁸. Selon cette approche, le droit, dans son application, ne se limite pas seulement à un ensemble de règles dont l'application serait mécanique, mais suggère que la décision⁸⁹ du juge est empreinte, consciemment ou inconsciemment, de considérations d'ordre politique, sociale, morale, économique *etc.* propres au juge. Brian Leiter explique ainsi que

⁸² Pound, « The Theory of Judicial Decision », *ibid.*, à la p. 956.

⁸³ Roscoe Pound, « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906) 29:1 A.B.A. Rep. 395 à la p. 400.

⁸⁴ Karl N. Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence -- The Next Step » (1930) 30:4 Columbia Law Review 431 à la p. 431.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Jerome Franck, « Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings » (1932) 80 U. Pa. L. Rev. 17, à la p. 19.

⁸⁷ Karl N. Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence-The Next Step » (1930) 30 Columbia Law Journal 431, à la p. 442-43 : « *Substantive rights and rules should be removed from their present position at the focal point of legal discussion, in favor the area of contact between* ».

judicial (or official) behavior and the behavior of laymen

⁸⁸ Karl N. Llewellyn, « Some Realism about Realism. Respond to Dean Pound » (1930) 44 Harvard Law Review 1222, à la p. 1241.

⁸⁹ Par *décision*, on renvoie, à tous les stades du travail juge : le choix du droit applicable, son interprétation, et son application au cas de l'espèce.

[f]or the Realists, the law is rationally indeterminate, that is, the class of legitimate legal reasons that a court might appeal to in justifying a decision fails, in fact, to justify a unique outcome in many of the cases. If the law were determinate, then we might expect—except in cases of ineptitude or corruption—that legal rules and reasons would be reliable predictors of judicial outcomes. But the law in many cases is indeterminate, and thus in those cases there is no “foundational” story to be told about the particular decision of a court: legal reasons would justify just as well a contrary result. But if legal rules and reasons cannot rationalize the decisions, then they surely cannot explain them either: we must, accordingly, look to other factors to explain why the court actually decided as it did.⁹⁰

Ainsi, contrairement aux théories libérales, qui focalisent leur attention sur les technicités juridiques et le syllogisme juridique, les auteurs réalistes s'interrogent sur les facteurs non juridiques qui seront pris en compte par le juge dans sa décision. Le juge est ici vu comme actif, puisqu'il est amené à procéder à des choix. L'approche réaliste ne perçoit pas le droit comme statique, mais évoluant et socialement ancré. Ce courant donne au juge d'importants pouvoirs d'interprétation, un rôle de créateur de droit, qui permet au droit d'évoluer dans une société en constante évolution. Llewellyn note à ce sujet que le travail d'interprétation du juge est guidé par la règle « où la raison s'arrête la règle s'arrête »⁹¹.

1.2.2 Transposition de la pensée libérale au droit international : la critique du formalisme

La critique réaliste du droit étasunien sera reprise dans une perspective internationaliste à partir de la fin des années 30, notamment par Hans Morgenthau. Dans son article « Positivism, Functionalism, and International Law »⁹², Morgenthau se livre à une critique de la logique formelle du droit. Il rejette l'idée d'une société

⁹⁰ Brian Leiter, « Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered » (2001) 111:2 Ethics 278, à la p. 284.

⁹¹ Karl N. Llewellyn, « On the Recapture of the Grand Tradition » dans, dir., *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, à la p. 217.

internationale construite sur un modèle hiérarchique, comme le suppose la pensée libérale, et affirme plutôt l'idée d'un système anarchique. Ce système repose sur le concept d'intérêt des États, défini en terme de pouvoir. Le premier intérêt de l'État est sa survie, le respect de la règle tient donc compte uniquement de ses intérêts.

Ainsi, selon lui, l'idée que seule la règle de droit, libre de toutes considérations non légales, suffit pour déterminer les solutions à tous les cas possibles par la technique de l'interprétation déductive, est dépassée⁹³. Cette « fiction de l'autosuffisance légale »⁹⁴ fait l'erreur de ne pas tenir compte du contexte sociologique entourant les règles de droit. Morgenthau oppose au formalisme le réalisme, en ce sens que l'étude des relations internationales, ou plus particulièrement du droit international, doit faire intervenir des variables d'ordre géopolitique comme les rapports de puissances entre les États (ce qui appelle la balance des pouvoirs entre les États) mais aussi des particularités sociales et économiques de chaque État. Le droit international s'analyse alors à un temps défini et au regard d'un contenu amené à se modifier dans le temps en fonction de ces facteurs. Il n'est donc pas fixe. Selon ce dernier, « l'indétermination du droit permet d'interpréter celui-ci en fonction des valeurs et préférences politiques de l'interprète, ainsi que des politiques générales (*policies*) de la communauté internationale »⁹⁵. Ainsi, la méthodologie libérale de l'interprétation des règles en droit international est totalement inadéquate⁹⁶ puisqu'elle exclut la prise en compte des situations politiques des différentes parties.

⁹² Hans Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 American Journal of International Law 260.

⁹³ *Ibid.*, à la p. 262.

⁹⁴ *Ibid.* [Notre traduction]; Morgenthau critique également l'idée que seuls les traités contiennent le droit international. Pour celui-ci, toutes les règles dans les traités ne sont pas valides en droit international, et inversement, on ne trouve pas que dans les accords, le contenu du droit international. *Ibid.*, à la p. 265.

⁹⁵ Rémi Bachand, « Présentation », *supra* note 64 à la p. 11.

⁹⁶ Morgenthau, *supra* note 92, à la p. 281-82 : « *no branch of the traditional science of international law is more in need of reform than the doctrine of interpretation* ».

Dans son ouvrage *A Textbook of International Law*⁹⁷, Alf Ross⁹⁸ s'interroge sur les sources du droit international et notamment l'article 38 de la Cour internationale de justice⁹⁹, généralement admis comme étant la disposition énumérant les sources du droit international. Pour cet auteur, le fait que l'on identifie plusieurs sources, dénote « co-operating factors in the judicial decision, so that there is always – actually or potentially, patently or covertly – a creative element inherent in it »¹⁰⁰, critiquant ainsi le postulat d'une application déductive et logique des sources du droit international. Pour Ross, cette coopération se fait entre sources objectives et « *free factors* », ces derniers intervenant le plus particulièrement dans l'interprétation des premières¹⁰¹. Ces éléments constituent des facteurs externes au droit objectif ou facteurs métaphysiques par opposition au droit matériel communément admis par les théories libérales comme étant la source du droit international. L'ajout d'une source de droit extérieure à la sphère légale rejette le principe libéral de la « *legal self-sufficiency* »¹⁰² selon lequel le droit peut se comprendre ou s'interpréter sans prendre en compte d'autres sphères normatives. Ces « *free factors* » peuvent être recherchés, par exemple, dans la politique extérieure de chaque État qui cherche à défendre sa place dans la communauté internationale ou plus généralement dans l'éthique (*ethics*) ou la sphère sociale¹⁰³. Morgenthau qualifie même ce principe comme « *the*

⁹⁷ Alf Ross, *A Textbook of International Law*, Clark (New Jersey), Lawbook Exchange, 2006.

⁹⁸ À la différence des auteurs précités, Alf Ross est de tradition juridique de droit civil. Il est l'un des fondateurs du mouvement des réalistes scandinaves, connu sous le nom Upsalla School, avec Axel Hägerström, Anders Vilhelm Lundstedt and Karl Olivecrona. Voir Alejandro Lorite Escorihuela, « Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law » (2003) 14 EJIL 703.

⁹⁹ *Statut de la Cour internationale de Justice, annexe de la Charte de l'Organisation des Nations Unies*, 26 juin 1945, 1 RTNU 16, art.38.

¹⁰⁰ Ross, *supra* note 97, à la p. 91.

¹⁰¹ *Ibid.*, à la p. 92.

¹⁰² Morgenthau, *supra* note 92, à la p. 267.

¹⁰³ *Ibid.*

most disastrous error of positivism»¹⁰⁴ en excluant tout contexte social dans l'analyse des règles.

Ainsi, pour les réalistes, l'indétermination des règles trouve son fondement dans le caractère général de la règle de droit qui doit s'appliquer à des situations particulières. L'approche réaliste est donc marquée par un scepticisme à l'égard de la règle de droit qui, seule, ne peut déterminer la décision qui sera prise par un juge, dont le rôle est de rendre compte d'un droit en mouvement, en « adéquation avec la vie »¹⁰⁵ par opposition, à l'exigence de validation formelle de la règle de droit chez les libéraux donnant l'image d'un droit au « caractère statique [puisque] les règles une fois validées [...] sont identifiables et restent en vigueur de manières uniformes jusqu'à ce que l'on fasse perdre cette caractéristique par un processus formel »¹⁰⁶. La règle de droit n'est plus le point de départ de l'analyse des décisions, comme l'enseignent les théories libérales classiques. L'analyse se concentre sur le processus de décision autour du comportement du juge et de l'usage de son pouvoir discrétionnaire. L'indétermination chez les réalistes américains est donc perçue comme une conséquence à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Appliquée au droit international, la critique réaliste, au moyen de la thèse de l'indétermination de la règle, s'attaque principalement à plusieurs principes libéraux que sont le principe de validité formelle de la règle de droit, le « *legal self-sufficiency* »¹⁰⁷, et celui d'une interprétation formaliste basée sur la déduction.

¹⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 270

¹⁰⁵ Françoise Michaud, *supra* note 81, à la p. 357.

¹⁰⁶ Rémi Bachand, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale » (2010) 2 *Revue Générale de droit international* 281 à la p. 283.

¹⁰⁷ Morgenthau, *supra* note 92, à la p. 267.

1.3 Les *Critical Legal Studies* : de l'indétermination de la règle à l'indétermination du droit

Une fois les postulats libéraux établis, les *Crits* vont s'employer à les déconstruire, en s'attaquant à cette idée d'objectivité de la règle, ou d'égalité formelle qui serait en fait qu'une forme de légitimation visant à protéger et à supporter les structures de domination¹⁰⁸. Les *Crits* vont pour cela appuyer leurs travaux sur le thème de l'indétermination et notamment sur la thèse de l'indétermination de la règle issue du mouvement réaliste. Avant d'exposer la thèse de l'indétermination du droit avancée par les *Crits* (1.4.2), nous reviendrons sur la position libérale de la thèse de l'indétermination de la règle. Nous aborderons ensuite la transposition des thèses des CLS au droit international (1.4.3).

1.3.1 L'indétermination relative des règles

La pensée libérale avait déjà réagi à cette thèse de l'indétermination de la règle et intégré, en partie, la critique des réalistes¹⁰⁹. La réponse fut donnée principalement par Herbert L.A. Hart, pour lequel cette indétermination des règles est due au fait que la « règle ne peut pas [...] énoncer ses propres cas d'applications »¹¹⁰ en raison de la nature limitée du langage. Étant donné que nous ne sommes pas en mesure de connaître toutes les issues possibles, il nous est nécessaire de recourir à des règles générales. Or, la « dualité qui existe entre le noyau de certitude et une pénombre de

¹⁰⁸ Karl Klare, « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978) 62 Minnesota Law Review. 265 à la p. 292 [Klare, « Wagner Act »].

¹⁰⁹ Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e ed., Presses universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, à la p. 145 :

la distinction existant entre les incertitudes de la communication assurée par un exemple qui fait autorité (le précédent), et la certitude de la communication assurée par une formulation linguistique générale dotée d'autorité (la législation), est beaucoup moins rigide [que les approches formalistes classiques].

¹¹⁰ *Ibid.*

doute, lorsque nous sommes appelés à subsumer des situations particulières sous des règles générales [...] aboutit à reconnaître à toutes les règles une marge d'imprécision »¹¹¹, qu'il nomme « texture ouverte ». Il poursuit que le rejet par le formalisme classique de cette « texture ouverte » des règles à pour conséquence de « figer la signification de la règle de telle façon que ces termes généraux possèdent nécessairement la même signification dans toutes les situations où il est question de l'appliquer »¹¹². De cette observation, Herbert Hart distingue les cas « centraux et clairs » auxquels la règle s'applique avec certitude, et des cas plus difficiles, pour lesquels la justification au regard de la règle sera plus difficile à établir. Dans ces derniers cas, il estime que parfois, ces zones de « pénombres » ou de « lacunes » du droit obligent le juge à remplir « une fonction de création de règles que les organes administratifs exercent principalement dans l'élaboration de directives variables »¹¹³. Ces lacunes, qui sont dues à notre incapacité « d'anticiper accompagn[ée] d'une certaine indétermination au niveau des fins »¹¹⁴, nécessite une contextualisation de la règle. Or, ce contexte ne s'observe que dans les rapports entre concepts juridiques¹¹⁵ rejetant ainsi l'approche de la *rule skepticism*¹¹⁶, qui écarte tout rôle de la règle dans la prise de décision des juges. Ainsi, pour Hart, la texture ouverte fait en sorte que les règles ne sont que relativement indéterminées¹¹⁷.

¹¹¹ *Ibid.*, à la p. 140-41.

¹¹² *Ibid.*, à la p. 148.

¹¹³ *Ibid.*, à la p. 154 :

La texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe, en effet, des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre.

¹¹⁴ *Ibid.*, à la p. 147.

¹¹⁵ Rémi Bachand, *Thèse*, *supra* note 32, à la p. 47.

¹¹⁶ Hart, *Le Concept de droit*, *supra* note 109, à la p. 155.

¹¹⁷ *Ibid.*, à la p. 159.

Cette approche sémantique de l'indétermination des règles par Hart, qui repose sur une remise en contexte des concepts juridiques, sera remise en question par les mouvements critiques et notamment les *Critical Legal Studies*, pour qui « le contexte politique, économique, idéologique, de même que les différentes relations sociales et de domination [...] déterminent l'utilisation des mots »¹¹⁸.

1.3.2 La critique des *Crits* au formalisme libéral dans le cadre du droit national

Comme nous l'avons vu, le mouvement réaliste avait mis en évidence l'existence et la prise en compte d'éléments extra-juridiques par le juge remettant en cause le formalisme juridique de l'école libérale et la place de la règle dans le raisonnement juridique. On pouvait en conclure qu'il ne pouvait y avoir une réponse unique à des faits analogues, autrement dit, qu'il y a une multitude de réponses possibles pour un même cas. En réponse à cette critique, le concept de « texture ouverte » venait relativiser cette indétermination en remettant la règle au centre du raisonnement juridique. Toutefois, la thèse développée par les *Crits* de l'indétermination du droit, bien que partant de la thèse de l'indétermination de la règle, se distingue au regard de la nature de cette indétermination. Sans se limiter à rechercher la nature de ces éléments extra-juridiques, ils vont en chercher l'origine et les effets sur le raisonnement juridique. Pour les *Crits*, l'indétermination n'est pas seulement due à la « texture ouverte » du droit, mais également à sa structure, dépassant ainsi la réponse des libéraux et la critique réaliste.

Partant du constat réaliste, à savoir, que le formalisme juridique ne permet pas d'apporter une réponse unique au regard de faits analogues¹¹⁹, Duncan Kennedy, l'une des figures du mouvement, cherche à démontrer dans son article *A Semiotics of*

¹¹⁸ Rémi Bachand, *Thèse*, *supra* note 32, à la p. 47.

¹¹⁹ David M. Trubeck, « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism » (1984) 36 *Stan L. R.* 575, à la p. 578 [Trubeck, « Empiricism »].

*Legal Argument*¹²⁰ que le droit doit être considéré comme une structure argumentative composée de « règles et de principes qui s'opposent les uns aux autres, tout en étant tous également valides »¹²¹, et dont la maîtrise de la langue est la clef des compétences juridiques. Pour Duncan Kennedy, cette dualité est fondée sur le principe libéral, d'un ordre social dont la légitimité repose sur l'équilibre entre l'altruisme et l'individualisme des individus¹²². Duncan Kennedy cherche à démontrer qu'il existe une corrélation entre la préférence pour l'un des modèles et le raisonnement fondé sur une règle, qui est précise, ou un principe, généralement plus flou : « *There is a connection, [...], between individualism and a preference for rules, and between altruism and a preference for standards* »¹²³. Or, le point central de la théorie des *Crits* est que, face à la lacune ou l'imprécision d'une règle ou d'un principe, due à l'indétermination des règles, le juge doit faire un choix entre celles qui s'inscrivent dans l'un ou l'autre de ces modèles, individualiste ou altruiste, et que ce choix est motivé par les préférences personnelles des juges. Ainsi, pour chaque argument invoqué on peut invoquer un argument opposé. Un exemple de ces arguments/contre-arguments, sont les principes en droit international *Pacta Sunt Servanda* selon lequel les États sont tenus de s'acquitter de bonne foi des obligations qu'ils ont assumées, et *Rebus Sic Stantibus*, clause selon laquelle le changement fondamental de circonstances entraîne sa caducité. Ces principes, selon la thèse ici développée, n'ont de sens que dans un contexte idéologique.

¹²⁰ Duncan Kennedy, « A Semiotics of Legal Arguments » (1991) 42 Syracuse Law Review 75 [Duncan Kennedy, « A Semiotics »]

¹²¹ *Ibid.*, à la p. 77.

¹²² Sur ce point, voir chapitre I, section 1.2; Voir aussi Unger, *Knowledge and Politics*, *supra* note 33; Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975-76) 89 Harvard Law Review 1685, aux pp. 1713-22 [Duncan Kennedy « Form and Substance »].

¹²³ Duncan Kennedy « Form and Substance », *ibid.*, à la p. 1776. Toutefois, Duncan Kennedy vient préciser que le choix entre l'un ou l'autre de ces modèles, n'est pas un choix qui définit celui que le fait. Un juge peut très bien utiliser des arguments d'ordre individualiste, sans être pour autant lui-même individualiste, et inversement. (*Ibid.*, à la p. 1723); Cette distinction entre règle et principe se retrouve dans les travaux de Herbert Hart, qui accepte que les règles soient claires et précises,

Cette thèse de l'indétermination du droit, telle que développée par les tenants des *CLS*, vise ainsi à saper les fondements de la théorie libérale en niant l'existence de règles claires et objectives et d'une interprétation strictement déductive de la règle de droit. Les *Crits* supposent que, contrairement à ce que croient les libéraux, il est possible, voire nécessaire, d'avoir « recours à la subjectivité et aux préférences et préjugés politiques des juges »¹²⁴. L'indétermination des termes et des concepts, même relative, conformément à la thèse de la « texture ouverte » de Hart, appelle forcément à une remise en question du formalisme juridique et de l'autonomie de la règle. Ils n'ont alors aucun sens en dehors de tout contexte idéologique¹²⁵.

À cette critique interne, s'ajoute une critique externe du formalisme juridique que Duncan Kennedy exprime par cette phrase : « the "corruption" of formality by informality may be the greatest source of strength for an oppressive social order »¹²⁶. Autrement dit, le formalisme juridique vient légitimer les rapports de domination. Pour Karl Klare, dans nos sociétés capitalistes, idées, institutions et relations de pouvoirs interagissent de manière complexe. Prenant l'exemple de la construction du droit du travail aux États-Unis, il décrit cette branche du droit

as the embodiment of a "moral and political vision," which contains a "powerfully integrated set of beliefs, values, and political assumptions" (i.e., a

contrairement aux principes, généralement flous. Herbert Hart, *Le concept de droit*, *supra* note 109, aux pp. 143 et ss.

¹²⁴ Rémi Bachand, « La critique en droit international : réflexions autour des livres de Koskeniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19:2 RQDI 1, à la p.10.

¹²⁵ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34 à la p. 40 :

The doctrine of relative indeterminacy seeks to explain how it is possible not to abandon the important insight that the solution of normative problems is not an automatic process and yet preserve the law's identity vis-a-vis politics on the grounds that it is objectively constraining.

¹²⁶ Duncan Kennedy, « Form and Substance », *supra* note 122, à la p. 1777.

*world view) and which serves as a "legitimizing ideology that reinforces the dominant institutions and hegemonic culture of our society"*¹²⁷.

Ce que les *Crits* veulent mettre en avant, c'est que cette légitimation des rapports de domination est basée sur notre vision du monde (*world views*), et sur des notions « de ce qui est naturel, nécessaire, juste et désirable »¹²⁸ composant ainsi la conscience légale de la société. Ce que recherchent les *Crits*, c'est modifier cette conscience juridique, afin de modifier la société, puisque cette conscience a pour effet d'éliminer « certaines définitions qui auraient été possibles en fonction de la seule analyse textuelle de la règle particulière » lors de l'interprétation d'un concept vague et ambigu¹²⁹.

Cette fonction de légitimation des rapports de domination que les *CLS* attribuent au formalisme juridique sera transposée dans le cadre du droit international. La prochaine section étudiera cette analogie, qui sera étudiée principalement par David Kennedy et Martti Koskenniemi.

¹²⁷ Karl Klare, « Critical Theory and Labor Relation Law », dans, David Kairys, dir., *The politics of law: a progressive critique*, 3^e ed., 1998, Basic Book, New York, tel que cité par David. M. Trubeck, « Empiricism », *supra* note 119, aux pp. 589-90 [Klare, « Critical Theory »]; On retrouve cette même vision dans les méthodes d'enseignement du droit, lesquelles, selon Duncan Kennedy, elles participent à la « legal hierarchy » :

Legal education supports it [legal hierarchy] by analogy, provides it a general legitimating ideology by justifying the rules that underlie it, and provide it a particular ideology by mystifying legal reasoning. Duncan Kennedy, « Legal Education as Training for Hierarchy », dans Kairys, (*ibid.*), à la p. 72.

¹²⁸ David. M. Trubeck, « Empiricism », *supra* note 119, aux pp. 592.

¹²⁹ Rémi Bachand, *Thèse*, *supra* note 32, à la p. 120.

1.3.3 Transposition de l'analyse au droit international

L'application de cette analyse en droit international se retrouve principalement dans l'ouvrage de Martti Koskenniemi *From Apology to Utopia*¹³⁰. La thèse développée dans son livre est double, décrivant le droit comme un langage et une politique.

Le premier versant de sa thèse emprunte à la fois aux *CLS*, notamment la thèse des arguments juridiques formés par paire opposée (*argument-bytes*) développée par Duncan Kennedy, et aux thèses structuralistes des *linguistic turn*¹³¹. Ces derniers conçoivent la langue « comme un système de signes se définissant les uns par rapport aux autres et non pas isolément : le sens d'un élément est déterminant par sa position dans l'ensemble du système »¹³². Il conçoit alors le langage du droit international comme une structure argumentative qui oscille en permanence entre deux pôles de raisonnement, un pôle utopiste et un pôle apologiste. Le premier pôle reflète des arguments juridiques fondés sur des valeurs abstraites et non vérifiables dans la pratique internationale. Le second reflète un argument qui cherche à être au plus proche de la pratique des États, il est perçu comme « une sociologie descriptive de ce qui se fait dans le monde »¹³³, ce faisant alors l'apologie du pouvoir. Conséquemment, à chaque argument d'ordre apologique on peut opposer un argument d'ordre utopiste¹³⁴.

Mais Koskenniemi ajoute à sa démonstration une technique « déconstructiviste » lui permettant de démontrer que les prémisses de chaque pôle

¹³⁰ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34.

¹³¹ Sur les *linguistic turn*, voir principalement, Ferdinand Saussure, *Cours de Linguistique Générale. 1907-1911*, Paris, Payot, 1997; Isabelle Clément, *La pratique de la philosophie de A à Z*, Hatier, Paris, 2000.

¹³² Emmanuelle Jouannet, « Épilogue », dans Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43 aux pp. 18-19

¹³³ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 57.

¹³⁴ Voir Koskenniemi, « Le style comme méthode. Lettre aux organisateurs du *symposium* », dans *ibid.*, à la p. 397.

s'appuient sur l'autre pôle¹³⁵. Ainsi, que cela soit pour les concepts, par exemple *Pacta sunt Servanda / Rebus sic Stantibus*, ou pour les théories générales de droit international, par exemple jusnaturalisme / positivisme, ces dichotomies s'opposent et s'appuient les unes sur les autres. Si nous reprenons notre second exemple, le jusnaturalisme se fondait des principes abstraits et non vérifiables. Or, la normativité d'un argument jusnaturaliste repose sur le consentement des États à ce principe conformément à leur intérêt et à leur pratique (apologique). Inversement, le positivisme se fonde sur le recours à des règles concrètes et vérifiables au moyen d'un processus objectif qui repose sur la vérifiabilité des faits par la pratique des États (apologique). Or, si un État refuse de reconnaître une règle comme objective, il est nécessaire de recourir à un argument utopique, tel que l'idée de justice pour lui imposait une règle que les autres États ont acceptée. Ainsi, le droit international doit, d'une part, démontrer qu'il est « concret en prenant ses distances avec toute idée de droit naturel » et, d'autre part, « procéder à la démonstration de sa normativité » en prenant ses distances vis-à-vis du comportement et des intérêts des États¹³⁶.

De cette thèse de la structure argumentative du droit international, Martti Koskeniemi tire comme conséquence le deuxième versant de sa thèse, à savoir que le choix par l'interprète entre l'un ou l'autre de ces pôles dépend d'un choix politique et non d'un choix « neutre et procédural »¹³⁷. Ainsi avancée, cette thèse rejette en bloc la thèse libérale de la primauté du droit en droit international. En effet, comme nous l'avons vu en début de chapitre, la transposition en droit international de l'idée de la primauté du droit international avait pour but de protéger la communauté internationale de l'anarchie par l'individualisme des États dominants. Toutefois, il est également nécessaire de protéger les objectifs et les intérêts de chacun des États, faute

¹³⁵ *Ibid.*, à la p. 398 : « J'ai ajouté à cette base structuraliste une technique "déconstructiviste" qui m'a permis de démontrer que le terme apparemment dominant de chaque opposition binaire dépendait en réalité du terme secondaire pour qu'il prenne tout son sens ou sa force ».

¹³⁶ *Ibid.*, à la p. 56.

de quoi, on pourrait accuser la primauté du droit d'instaurer une communauté qui masquerait en fait la domination des États les plus puissants. Dans cette vision libérale, Koskenniemi estime alors que le droit peut à la fois :

remplir deux objectifs : ne promettre aucun idéal communautaire particulier et ne défendre aucune politique souveraine particulière. À l'inverse, toute règle juridique acceptable doit pouvoir être utilisée, tant pour la promotion d'une communauté [...] que pour la sauvegarde de la souveraineté.

On retrouve ainsi l'opposition fondamentale au libéralisme entre altruisme et individualisme, opposition dans laquelle l'altruisme, ou la défense de valeurs communautaire représente le pendant fonctionnel à l'utopie. Inversement, l'individualisme, ou la préférence pour la souveraineté étatique représentent le pendant fonctionnel à l'apologie.

Ainsi, si un État A soutient un argument en faveur de la communauté, un État B pourra lui opposer un argument de nature individualiste. Cette confrontation sera indéfinie. Pour sortir de cette dichotomie, l'État A pourra invoquer un argument de nature individualiste en soutien de son propre argument¹³⁸, leur argumentation perdant leur autonomie l'une vis-à-vis de l'autre, elles en arrivent à soutenir les deux positions. Ainsi, le choix entre l'une ou l'autre des positions dépend d'élément extra-juridique, le choix uniquement politique. Le comportement de l'État ne sera pas observé au regard de règles formellement neutres, comme le présuppose l'école libérale, mais en fonction d'un choix politique qui définit ce qui est conforme ou non, à l'idée de justice ou d'équité que se font les juges¹³⁹ faisant de la primauté du droit, un principe relevant de la fiction. Cette thèse vise à dénoncer l'instrumentalisation du

¹³⁷ *Ibid.*, à la p. 94

¹³⁸ Comme nous l'avons vu, Koskenniemi soutient la thèse que les prémisses d'un argument de type apologique sont d'ordre utopiste, et inversement.

¹³⁹ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 93.

droit international, c'est-à-dire, d'un droit vu comme une « boîte à outils », et non un « cadre constitutif dans lequel l'action de l'État [...] serait par nature subordonnée, dans laquelle les États piochent pour s'imposer aux autres États »¹⁴⁰, dont l'objet ultime est la domination de certaines valeurs ou objectifs au profit de ceux qui les imposent.

Cette thèse de l'indétermination du droit international soulève toutefois une question. Étant donné que toute justification objective, au sens de la primauté du droit, ne peut être donnée à une décision, et qu'ainsi il est autant possible de justifier une position et son contraire, comment ce fait-il que l'on puisse prédire certaines décisions en pratique? En effet, si une décision ne reposait que sur les préférences personnelles des juges, comme nous venons de le voir, la prédictibilité ne peut, dans ce cadre théorique, être fondée sur formalisme juridique. Pour Koskenniemi¹⁴¹, cette prévisibilité peut s'expliquer en raison des « tendances particulières et des préférences substantielles non juridiques des institutions en question »¹⁴². Il ajoute que,

[si] les arguments juridiques sont indéterminés, il faut trouver quelque structure à l'intérieur de laquelle (l'interprétation, la doctrine, etc.) semble cohérente et bien justifiée. Cette cohérence est une structure *de facto* que l'on peut appeler la tendance structurelle ou institutionnelle, où réside la politique du droit international, une tendance ou un préjugé qui résulte – et peut seulement résulter – de facteurs au-delà du droit, mais sans lequel l'objectivité juridique (au sens des décisions des juristes) serait impossible¹⁴³.

¹⁴⁰ Serge Sur, « Conclusions », dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Société de Législation comparée, 2007, aux pp. 318-34, en ligne [sergesur.com <http://www.sergesur.com/Imperialisme-et-droit.html>](http://www.sergesur.com/Imperialisme-et-droit.html).

¹⁴¹ On ne peut que remarquer que Koskenniemi n'aborde cette question uniquement en épilogue de son livre *From Apology to Utopia* et en conclusion de son premier chapitre de *La politique du droit international*.

¹⁴² Koskenniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 43, à la p. 95.

¹⁴³ *Ibid.*, 95-96.

C'est ce qu'il appelle les préjugés structurels (*structural bias*)¹⁴⁴, sur lesquels reposent la détermination des préférences politiques institutionnelles. Ces préjugés sont donc ici définis à un niveau institutionnel, et sont à rechercher à ce niveau. L'argumentaire juridique développé par un juriste international devra se fonder sur la question suivante : *How are values or benefits distributed by existing legal institutions?*¹⁴⁵, et plus particulièrement, il devra connaître les préjugés structurels de l'institution qui sont à rechercher avant tout dans l'analyse de ses décisions.

Nous terminerons par cette citation de Martti Koskenniemi qui résume assez bien les effets de ces préjugés, au niveau structurel, c'est-à-dire dans « la politique du droit international » :

But when the bias works in favour of those who are privileged, against the disenfranchised, at that point the bias itself becomes “part of the problem”. That is when the demonstration of the contingency of the mainstream position can be used as a prologue to a political critique of its being an apology of the dominant forces¹⁴⁶.

1.4 Conclusion

La thèse de l'indétermination du droit formulée par les *Critical Legal Studies* a ainsi eu pour effet de saper complètement les fondements de l'école libérale, et principalement son corollaire principal, celui de la primauté du droit. Toute notion de formalisme juridique est ainsi écartée au profit d'une réhabilitation de la politique dans le droit, tant sur le plan interne, qu'international. Ce faisant, l'étude ou la

¹⁴⁴ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note 34, à la p. 607 :

even if it is possible to justify many kinds of practices through the use of impeccable professional argument, there is a structural bias in the relevant legal institutions that makes them serve typical, deeply embedded preferences, and that something we feel that is politically wrong in the world is produced or supported by that bias

¹⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 610.

critique d'une décision ne se fondera pas sur l'analyse des techniques juridiques ou la recherche d'une erreur de droit. Le droit est ici identifié comme une langue, une pratique argumentative, dans laquelle les concepts et les règles sont indéterminés d'un point de vue textuel, mais également au regard de sa structure, organisée de manière binaire, c'est-à-dire, qu'à chaque argument on peut opposer un contre argument, lesquels reposent mutuellement l'un sur l'autre. Ainsi, ces concepts n'ont de sens que d'un point de vue idéologique. Cette structure argumentative autorisant la défense de n'importe laquelle position, le choix entre elles fera intervenir les préférences politiques du juge. Cette thèse soutient également qu'en droit international, ces préférences politiques, venant soutenir un choix, s'inscrivent dans les préférences politiques et éthiques des institutions, constituées par des préjugés structurels.

Ce chapitre avait pour objet de poser le cadre théorique dans lequel le concept de similarité sera analysé dans le chapitre suivant, avant de nous porter sur le traitement qui sera fait de la question des procédés et méthodes de production.

¹⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 608-09.

CHAPITRE II

UNE CONCEPTION DE LA SIMILARITÉ FONDÉE SUR UN RAPPORT DE CONCURRENCE DES PRODUITS

Un dictionnaire nous donne la définition suivante de *similaire* : « [q]ui a les mêmes caractéristiques ou qualités qu'une autre chose; d'une forme, taille, etc. à peu près identiques à celle d'une autre chose; semblable "similar", en anglais »¹⁴⁷. Selon Erich Vranes, « la décision de donner telle ou telle signification à la similarité est un jugement de valeur qui nécessite un *standard* »¹⁴⁸ [nos italiques] en raison du *principium identitatis indiscernibilum*¹⁴⁹ qui commande qu'un objet n'est identique qu'à lui-même et s'oppose à ce qu'il puisse exister de situations identiques. Ce principe exclu toute notion d'identité à la similarité, autrement dit, deux objets similaires ne peuvent être identiques. Les travaux de Robert Alexy, soutiennent également que l'on ne peut pas parler de similarité, mais seulement de « similarité partielle et factuelle » et de « différence partielle et factuelle »¹⁵⁰ et que dans les faits, ces deux états coexistants au regard d'un ensemble de circonstances, tout objet doit alors être traité comme étant à la fois égal ou différent à tout autre objet. Ainsi, le choix de la similarité ou de la différence entre deux objets ne peut se faire d'un seul

¹⁴⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Lesley Brown, dir., Vol. I, Clarendon Press, 1993, page 1588. [Notre traduction]

¹⁴⁸ Erich Vranes, *Trade and Environment*, Oxford University Press, New York, 2007 aux pp. 191 [Notre traduction]. Erich Vranes utilise le mot *yardstick* que nous avons traduit ici par *standard*.

¹⁴⁹ Principe de l'identité indiscernable

point de vue factuel, mais requiert la définition d'un ensemble critère pour surmonter cette impasse, visant à désigner deux objets comme « partiellement similaire » ou « partiellement différent » dans une analyse qui relève de la casuistique.. L'analyse de la similarité commande donc de nous interroger sur la nature de ces *standards* dans le cadre d'une analyse de la similarité par des institutions telles que le GATT/OMC. Leur découverte par ces institutions s'inscrira dans une analyse contextuelle, ainsi que de l'objet et du but de l'article III sur le traitement national, s'insérant plus largement dans le principe de non-discrimination. Toutefois, le fait que ce concept soit largement indéterminé donnera à ces institutions une marge de manœuvre importante, confirmant que son interprétation et sa mise en œuvre seront nécessairement fondées sur des éléments extrajuridiques relevant principalement de la conception, c'est-à-dire des préjugés structurels, qui encadre la vision de ces institutions, et plus particulièrement les panels et l'ORD, de la protection du commerce international

Le GATT et l'OMC vont développer un test de similarité, au moyen d'une analyse de critères, fondé sur l'interprétation téléologique du concept de similarité¹⁵¹ nous questionnant sur l'objet et le but visé par l'article III (section 1). Ce test, fondé sur le marché et le rapport de concurrence des produits (section 2), exclut tout

¹⁵⁰ Robert Alexy, tel que cité par Erich Vranes, *Trade and Environment*, *supra* note 145, à la note de bas de page 5.

¹⁵¹ L'interprétation téléologique se définit comme suit :

La méthode d'interprétation objective qu'appliquent les tribunaux peut être qualifiée de téléologique s'ils recherchent la finalité d'une loi ou de l'une quelconque de ses dispositions pour interpréter celle-ci, s'ils considèrent que la jurisprudence affirme que la volonté ou l'intention du législateur permet d'être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, de son but, de son objet, que, ce qui importe, s'agissant de découvrir le sens d'une disposition, ce n'est pas le sens que le législateur historique a pu lui attribuer, mais celui qui ressort de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles.

argument basé sur le but et l'objectif visé par la mesure (section 3). Le test de similarité ainsi développé devait exclure du champ d'analyse de la similarité les PMP non liés aux produits, créant ainsi un « mythe de l'illégalité »¹⁵² par l'entremise des préjugés structurels encadrant l'interprétation du concept, selon lesquels c'est le marché qui renseigne sur ce qui est similaire et ce qui est différent en fournissant les outils d'analyse.

2.1 Le principe de traitement national sous l'article III du *GATT*

Le principe de non-discrimination, duquel dépend le principe de traitement national, est apparu il y a plusieurs siècles dans les rapports commerciaux entre États. À l'origine, il reposait sur l'idée de l'égalité de traitement, il se déclinait en deux principes. Le premier, celui de la nation la plus favorisée (NPF), s'occupait des préférences tarifaires et voulait qu'un État accorde les mêmes traitements économiques à tous les produits étrangers. Le second avait pour but de traiter de manière égale commerçants nationaux et étrangers, les produits en étaient alors exclus. Il s'agissait du principe de traitement national (TN). L'objectif de la non-discrimination était de généraliser les concessions tarifaires et d'éviter le protectionnisme. Dès 1942, un accord entre les États-Unis et le Royaume-Uni, le *Mutual Aid Agreement*¹⁵³, prévoyait d'étendre ce principe non seulement aux concessions tarifaires, mais aussi à toute autre barrière commerciale y compris celles touchant aux produits. On retrouve également dans cet accord, et pour la première fois, le lien entre entraves au commerce international et expansion économique¹⁵⁴. Le cadre de cet accord a servi aux discussions entourant les conférences préparatoires de 1945 pour l'adoption d'un cadre multilatéral régissant le commerce international avec

¹⁵² Steve Charnovitz, « The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality » (2002) 27:1 The Yale Journal of International Law 59. [Charnovitz, « Debunking the Myth »]

¹⁵³ *Anglo-American Mutual Aid Agreement*, 28 février 1942, en ligne « http://www.historyguy.com/worldwartwo/anglo-american_agreement_feb_28_1942.htm ».

la création d'une organisation internationale du commerce (OIC). Bien que la création de l'OIC ait échoué¹⁵⁵, l'*Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce* de 1947 fut adopté avec un principe primordial, celui de la non-discrimination. Ce principe se retrouve décliné sous ses deux formes, celle du traitement national et celle de la nation la plus favorisée, dans le Préambule du *GATT de 1947* et sera repris dans le Préambule de l'*Accord de Marrakech* :

Désireux de contribuer à la réalisation de ces objets par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international¹⁵⁶

La volonté affirmée par ce Préambule est celle de supprimer les entraves protectionnistes au commerce international par l'application du principe de non-discrimination organisé autour du truchement de deux clauses, celle de la nation la plus favorisée¹⁵⁷ énoncée à l'article I du *GATT de 1947* et celle du traitement national que l'on retrouve à l'article III. Ces deux clauses s'articulent autour d'un même concept central au principe de non-discrimination, celui de la similarité des produits. Le contenu des obligations imposées aux États par le *GATT de 1947* et le *GATT de 1994*¹⁵⁸ sera donc déterminé principalement autour de l'interprétation qui sera donnée de la similarité.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. VII.

¹⁵⁵ Le congrès US ne vota pas la Charte de la Havane.

¹⁵⁶ *GATT de 1947*, *supra* note 2 au Préambule; Voir aussi *Accord de Marrakech*, *supra* note 1 au Préambule.

¹⁵⁷ La clause de la nation la plus favorisée est énoncée à l'article I du *GATT de 1947*. Elle dispose que « chaque membre de l'OMC est tenu de réserver le même traitement à toutes les marchandises similaires importées, quelque soit leur pays d'origine. ». Philippe Vincent, *Institutions Économiques Internationales*, Bruxelles, Larcier, 2009 à la p. 66. Nous n'étudierons pas dans ce mémoire ce principe.

¹⁵⁸ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*GATT de 1994*].

2.1.1 Nomenclature de l'article III

Le concept de « similarité » se décline sous diverses formes dans nombre de dispositions et accords du GATT¹⁵⁹ et de l'OMC¹⁶⁰, comme « produit similaire »¹⁶¹ ou *like product*, « marchandise similaire »¹⁶² ou encore « produit directement comparable et substituable »¹⁶³. Ce concept, qui peut revêtir un grand nombre d'acceptions selon la disposition dans laquelle il est utilisé¹⁶⁴, n'a jamais fait l'objet d'une définition par les membres du GATT ou de l'OMC ni d'une interprétation contraignante des États membres¹⁶⁵ : « [l]a genèse de l'Accord général confirme que « l'expression a des sens différents selon les contextes où on la retrouve dans le Projet de Charte »¹⁶⁶. Seul l'article 2.6 de l'*Accord antidumping* lui donne un sens particulier, mais pour « le présent accord »¹⁶⁷ seulement. L'Organe d'appel, dans

¹⁵⁹ Voir *GATT de 1947*, supra note 2, art. I.1, II.2, III.2, III.4, VI.1, VI.4, VI.7, IX.1, XI.2, XIII.1, XVI.4 et XIX.1.

¹⁶⁰ On retrouve l'expression « produit similaire » dans plusieurs accords de l'OMC. Voir par exemple *Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 226 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord antidumping*]; *Accord sur l'agriculture*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 436 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995); *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995);

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Voir par exemple *GATT de 1947*, supra note 2, art. VII.2.

¹⁶³ *Ibid.*, Addendum à l'article III au para. 2.

¹⁶⁴ Mattia Melloni, *The Principle of National Treatment in the GATT : A Survey of the Jurisprudence, Practice and Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p.1 [Melloni, *National Treatment*].

¹⁶⁵ CNUCED, *Making Certification Work for Sustainable Development: The Case of Biofuels*, Doc. Off. CNUCED, Doc. NU UNCTAD/DITC/TED/2008/1, 2008, p. 33.

¹⁶⁶ Japon – Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés, (Rapport adopté) IBDD, S34/92 au para. 5.5-b [Japon – Boissons alcooliques I]

¹⁶⁷ *Accord antidumping*, supra note 160, art.2.6 :

Dans le présent accord, l'expression "produit similaire" ("like product") s'entendra d'un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, d'un autre produit qui, bien qu'il ne lui soit pas semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré.

l'affaire *Japon – Boisson Alcooliques II*, associe la similarité à un « accordéon » qui s'étire et se resserre donnant à la similarité un caractère relatif. Selon elle,

il ne peut pas exister de définition précise et absolue de ce qui est "similaire". Le concept de la "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en l'un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similaire" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable.¹⁶⁸

La similarité pouvant revêtir plusieurs sens selon la disposition dans laquelle le terme est employé, il nous faut, avant toute analyse, préciser la nomenclature de l'article III du *GATT de 1947* qui peut se subdiviser en trois parties qui font appel au concept de similarité.

La première comprend l'article III.2 , première phrase:

[l]es produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires.*[Nos surlignés]*

La seconde comprend l'article III.2, seconde phrase :

[e]n outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier.**[L'astérisque renvoie à l'addendum]*

¹⁶⁸ *Japon – Boissons Alcooliques II*, *supra* note à la p. 26.

et l'*addendum* de l'article III, paragraphe 2 :

[u]ne taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du paragraphe 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans le cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit imposé et, d'autre part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable.¹⁶⁹ [Nos surlignés]

Ces deux parties s'intéressent uniquement aux réglementations fiscales.

Enfin, l'article III.4 est la troisième partie, qui elle ne s'intéresse qu'aux réglementations internes non fiscales :

[I]es produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit. [Nos surlignés]

On retrouve dans la première et troisième disposition l'expression « produit similaire », alors que dans la seconde c'est l'expression « produit directement concurrent ». Chacune de ces expressions recouvre un sens différent comme nous le verrons dans la section suivante. Aux fins de ce mémoire, le terme « similarité » recouvrira l'expression « produits similaires » des articles III.2, première phrase et III.4, et l'expression « produit concurrent ou directement substituable » de l'article III.2, seconde phrase.

¹⁶⁹ Selon l'Organe d'appel, les notes interprétatives ont la même valeur juridique que les dispositions de l'accord. *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 174 à la p. 29.

2.1.2 L'objet et le but de l'article III.

Le principe de traitement national est défini comme l'obligation pour chaque membre de l'OMC « de réserver aux marchandises importées le même sort (ou à tout le moins un sort aussi favorable) qu'aux marchandises nationales similaires »¹⁷⁰. L'objectif poursuivi est d'apporter un moyen de défense aux produits importés contre les mesures protectionnistes des États¹⁷¹. Dans une affaire de 1958 concernant une loi italienne prévoyant des facilités spéciales de crédit en faveur de certaines catégories d'exploitants ou de coopératives agricoles pour l'achat de machines agricoles de fabrication italienne, le Groupe spécial du GATT a statué que :

l'intention des rédacteurs de l'Accord général était manifestement que les produits importés, une fois dédouanés, soient traités de la même façon que les produits similaires d'origine nationale; s'il en était autrement, une protection indirecte pourrait être accordée¹⁷².

Dans l'affaire *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930* le Groupe spécial dira que « sa fonction,[...] est de veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas "appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale" (article III:1) »¹⁷³. Plus tard, sous l'OMC, l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon–Boissons Alcooliques II*, écrira que

L'objectif fondamental de l'article III est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont appliquées. Plus précisément, l'objet de l'article III "est de veiller à ce que les mesures intérieures

¹⁷⁰ *Ibid* à la p. 66.

¹⁷¹ Olivier Long, « Place du droit dans le système commercial du GATT » (1985) 184 RCADI 1 à la p. 27

¹⁷² *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* (1958) GATT Doc. BISD 7S/64 (Rapport adopté) en ligne wto.org <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/58agrmch.pdf> [*Italie – Machines Agricoles*].

¹⁷³ *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, IBDD, S36/386 (Rapport adopté) au para. 5.10, en ligne wto.org <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/87tar337.pdf> [*États-Unis – Article 337*]

ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". Pour ce faire, il oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux. "[L']intention des rédacteurs de l'Accord général était manifestement que les produits importés, une fois dédouanés, soient traités de la même façon que les produits similaires d'origine nationale; s'il en était autrement, une protection indirecte pourrait être accordée." ¹⁷⁴

Enfin, dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel conclura que les objectifs de l'article III sont « [d']éviter le protectionnisme, à garantir l'égalité des conditions de concurrence et à protéger les anticipations relatives à l'égalité des rapports de concurrence » ¹⁷⁵

L'objet et le but de l'article III ayant été précisés, nous allons maintenant expliciter la représentation de la similarité dans la nomenclature de l'article III

2.1.3 Distinction entre le champ des « produits similaires » et des « produits directement concurrents et substituables » sous l'article III

Comme nous venons de le voir, l'article III se subdivise en trois parties dont le champ visé de la similarité des produits diffère. L'article III.2 première phrase utilise l'expression « produits similaires ». La seconde partie constituée de l'article III.2 deuxième phrase et de l'*Ad Note* à l'article III utilise l'expression « produit directement concurrent ou substituable ». Enfin, la troisième partie intègre l'article III.4 et utilise l'expression « produits similaires ». Cette architecture soulève deux questions inter reliées. Comment s'articulent les deux catégories « produits similaires » et « produit directement concurrent ou substituable » dans l'article III.2 et quelle est la nature de la relation entre « produits similaires » dans l'article III.4 avec

¹⁷⁴ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), aux pp. 21-21 [*Japon – Boissons Alcooliques II*].

¹⁷⁵ *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques* (1999) OMC Doc. WT/DS75-84/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para. 120 [*Corée – Boissons alcooliques*].

« produits similaires » et « produit directement concurrent ou substituable » de l'article III.2?¹⁷⁶

2.1.3.1 L'article III.2 et la distinction entre « produits directement concurrents et substituables » et « produits similaires »

La structure unique de cet article par l'ajout de cette seconde phrase semble montrer clairement que l'on a souhaité ajouter une catégorie de produits non représentée dans la première phrase. Autrement dit, on est amené à penser que l'expression « produits directement concurrents ou substituables » couvre une catégorie de produits plus larges, non protégée par « produits similaires »¹⁷⁷, ce que l'Organe d'appel viendra confirmer. Dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques* il vient expliciter ces catégories de la manière suivante :

les produits parfaitement substituables [les produits similaires] relèvent de la première phrase de l'article III.2, [l]es produits imparfaitement substituables [les produits directement concurrents ou substituables] peuvent faire l'objet d'une évaluation au titre de la deuxième phrase de l'article III:2 »¹⁷⁸.

Enfin, il définit cette catégorie plus vaste, comme l'ensemble des produits qui « offrent des moyens interchangeables de satisfaire un besoin ou un goût particulier »¹⁷⁹. Cette définition nous amène à définir les produits similaires comme « un sous-ensemble »¹⁸⁰ des produits directement concurrents ou substituables. En conséquence, les produits similaires sont tous concurrents, mais les produits

¹⁷⁶ Nous ne nous intéresserons pas ici aux différentes questions qui doivent être étudiées afin de déterminer si une quelconque réglementation est conforme ou non avec les dispositions de l'article III.

¹⁷⁷ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166; Voir Vranes, *Trade*, *supra* note 148 aux pp. 197-98; Robert. E. Hudec, « “Like Product”: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III » dans Thomas Cottier et Petros Mavroidis, dir, *Regulatory Barriers and the principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University Press of Michigan, 2000, 101 à la p. 106 [Hudec, « Like Product »].

¹⁷⁸ *Corée – Boissons alcooliques*, *supra* note, au para. 118.

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 115.

¹⁸⁰ *Ibid.* au para. 118.

concurrents ne sont pas tous similaires. Cette approche nous amène à concevoir une approche de la similarité des produits sur un rapport de concurrence des produits.

Pour Erich Vranes¹⁸¹, cette construction confirme l'analyse, qui sera faite dans les décisions du GATT et de l'OMC¹⁸², des produits directement concurrents ou substituables. Dans l'ensemble des affaires, l'utilisation des mêmes critères que pour les produits similaires sera faite. Toutefois, l'analyse des « produits similaires » ne fera appel qu'à l'étude de quatre critères dans un marché donné¹⁸³, alors que l'analyse des « produits directement concurrents ou substituables », de par leur définition, va conduire au développement d'outils d'analyse davantage focalisés sur les préférences des consommateurs et sur la nature de la concurrence. Ainsi, l'analyse faite se fondera sur des outils économiques tels que l'élasticité des prix¹⁸⁴, l'étude des réseaux de distribution ou encore la demande latente des consommateurs¹⁸⁵.

L'utilisation de mêmes critères pour déterminer si deux produits sont similaires ou directement concurrents et substituables nous interroge sur la distinction qui existe entre ces deux catégories. En fait, la différence réside dans le rapport de concurrence entre ces produits, c'est-à-dire leur interchangeabilité du point de vue du consommateur. Les produits similaires ont donc un rapport de concurrence beaucoup

¹⁸¹ Vranes, *Trade and Environment*, *supra* note 148 à la p. 198.

¹⁸² Voir *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166; *Corée – Boissons alcooliques*, *supra* note 175; *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 174; *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons* (2006) OMC Doc. DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [Mexique – Boissons alcooliques]

¹⁸³ Ces quatre critères seront étudiés dans la section suivante.

¹⁸⁴ L'organe d'appel dans *Corée – Boissons alcooliques* va écarter une analyse des produits directement concurrents et substituables principalement fondée sur une analyse quantitative des effets sur le commerce suggérée par l'étude de l'élasticité croisée des prix. *Corée – Boissons alcoolique*, *supra* note 175 au para. 134.

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 115.

plus faible que les seconds venant à conclure que l'expression « produits similaires » dans l'article III.2 première phrase recouvre un sens étroit de la similarité¹⁸⁶.

2.1.3.2 Distinction de la similarité entre l'article III.2 et III.4

Pour ce qui est de la distinction de la similarité entre les articles III.2 et III.4, seule l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* a apporté un début de réponse. Dans cette affaire, le Groupe spécial avait déterminé que :

[s]i le champ de l'article III:2 était identique à celui de l'article III:4, il faudrait interpréter différemment l'expression "produits similaires" utilisée dans les deux paragraphes. Par contre, si l'expression "produits similaires" devait être interprétée de la même manière dans les deux cas, la portée des deux paragraphes serait différente¹⁸⁷

L'Organe d'appel avait alors qualifié cette phrase d'« hypothèse ». Refusant de se prononcer, il confirma tout de même que le sens de « produits similaires » dans III.2 recouvrait un sens étroit eu égard uniquement à la présence de la seconde phrase¹⁸⁸. Cela supposerait donc que la similarité dans l'article III.4 recouvre un sens beaucoup plus large que dans III.2.

Hudec s'est interrogé sur les conséquences de cette architecture différente entre les deux articles¹⁸⁹. Pour lui, l'article III.4 énonce une règle *per se*, c'est-à-dire qui n'exige rien d'autre pour les réglementations internes que de ne pas traiter moins favorablement un produit étranger similaire, même si les effets de la réglementation sont protecteurs¹⁹⁰. L'Article III.2 première phrase est également une règle *per se*. L'article III.2 seconde phrase exige au contraire la démonstration que la mesure ne va

¹⁸⁶ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166 au para. 5.8.

¹⁸⁷ *Ibid.*, au para. 6.20.

¹⁸⁸ *Japon – Boissons Alcooliques II*, *supra* note 166 à la p. 24.

¹⁸⁹ Hudec, « Like Product », *supra* note 177 aux pp. 107 et ss.

¹⁹⁰ Ce test de l'Article III.4 se place dans une analyse purement économique de la similarité. Voir ci-dessus, chapitre II, section 2.3.

pas à l'encontre de la clause SATAP¹⁹¹, visée à l'article III.1. Hudec écrit que si les termes « similaire » ont des sens différents dans les articles III.2 première phrase et III.4 et que dans ce dernier, son sens est alors beaucoup plus large et cette analyse mène à un conflit. En effet, si « similaire » dans l'article III.4 intègre tout ou partie des « produits directement concurrents ou substituables » de l'article III.2 alors ces produits peuvent profiter d'une règle *per se*, alors même que l'on exige la démonstration de la clause SATAP pour ces produits. Cette analyse sera partagée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* qui vient préciser

que le champ des produits visés par l'article III:4, tout en étant plus vaste que le champ couvert par la *première* phrase de l'article III:2, n'est certainement *pas* plus vaste que le champ *combiné* des produits visés par les *deux* phrases de l'article III:2 du GATT de 1994¹⁹².

Ainsi, la notion de similarité dans l'article III.4 doit s'interpréter plus largement que dans l'article III.2 dû au fait que la notion de produits directement concurrents ou substituables est absente de l'article III.4 tout en intégrant cette catégorie de produits. En effet, comme le note l'Organe d'appel, si une même interprétation du terme similaire devait être faite entre les phrases alors les États membres pourraient ne pas pouvoir

recourir à une forme de réglementation – par exemple la réglementation fiscale – pour protéger la production nationale de certains produits, mais soient en mesure d'utiliser une autre forme de réglementation – comme la réglementation non fiscale – pour parvenir au même résultat.¹⁹³

¹⁹¹ *GATT de 1947, supra* note 2, art. III.1. Cette clause sera appelé clause SATAP, pour « *so as to afford protection to domestic production* », dans le reste de ce travail.

¹⁹² *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para.99 [*CE – Amiante*]

¹⁹³ *Ibid.*

Cette interprétation de l'Organe d'appel se fonde sur l'objectif de l'article III, c'est-à-dire prévenir le protectionnisme. Une interprétation différente fragiliserait cet objectif puisque les obligations des membres regardant les réglementations nationales seraient moins fortes que celles visant les prescriptions fiscales.

Ces distinctions dans les champs de la similarité ont un impact important sur le test de la similarité et principalement au regard de l'admission des mesures liées au PMP. En effet, si la similarité est interprétée de manière étroite, c'est-à-dire si le champ des produits analysé est étroit, les critères de similarité devront aussi être analysés avec étroitesse. Ainsi, il pourrait être plus aisé d'admettre comme déterminant des critères fondés sur les PMP des produits pour les distinguer. *A contrario*, ces mêmes critères dans un champ de la similarité large ne seraient pas déterminants pour distinguer ces mêmes produits. Cette distinction entre les champs de la similarité (en fonction des dispositions étudiées) sera très importante dans l'analyse qu'en fera l'Organe d'appel.

2.2 Les critères d'analyse de la similarité

L'absence d'une définition du concept de similarité est doublée par l'absence d'un accord entre les États membres d'une liste de critères pouvant servir de faisceau d'indices à la détermination de la similarité des produits. Les seuls éléments disponibles sont contenus dans le rapport portant sur les *Ajustements fiscaux à la frontière* qui sera commandé par les parties en 1968¹⁹⁴. Ce rapport donnera seulement un aperçu de ces critères, qui seront dits « traditionnels », appelant les organes juridictionnels du GATT puis de l'OMC à les interpréter.

¹⁹⁴ GATT, *Border tax adjustment. Report of the Working Party adopted on 2 December 1970*, OMC, L/3464, en ligne: http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840088.pdf. [*Rapport BTA*]

2.2.1 L'étude de la similarité avant la publication du rapport sur les *Ajustements fiscaux à la frontière*

Après l'adoption du *GATT de 1947*, deux affaires portant sur le test de similarité des articles III.2 et III.4 ont été portées devant des groupes spéciaux du GATT. Il s'agit de l'affaire *Taxes intérieures brésiliennes*¹⁹⁵ et de l'affaire *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*¹⁹⁶. Dans la première, le Brésil distinguait le cognac français du cognac brésilien lequel contenait des substances aromatiques et médicinales. Sur la base de cette distinction, le Brésil appliquait une taxe plus élevée sur le cognac français. Le Brésil justifiait donc cette différence de traitement sur la base de propriétés physiques distinctes entre les produits. Cette surtaxe fut acceptée sans la moindre discussion par le panel, lequel se contenta d'une « assurance que des instructions détaillées concernant la distinction à faire entre ces divers produits seraient adressées aux autorités chargées de l'application des taxes »¹⁹⁷.

Dans la seconde affaire, l'Australie avait mis en place un système d'aide favorisant le prix du sulfate d'ammonium par rapport au nitrate de sodium dont le Chili était l'exportateur. Même si le Groupe spécial rejeta l'application de l'article III du *GATT de 1947*, il étudia la similarité sous l'article I du *GATT de 1947* relatif à la clause de la nation la plus favorisée, clause qui fait également appel au concept de similarité. Le Groupe spécial conclut, sans la moindre information que les deux produits étaient différents sous prétexte que leur classification tarifaire était différente¹⁹⁸.

Ces deux affaires, qui posèrent comme critères la classification tarifaire et des propriétés physiques des produits furent les deux seules à traiter de la question de la

¹⁹⁵ *Taxes intérieures brésiliennes* (1949) GATT Doc. BISD II/181 (Rapport adopté) en ligne [wto.org <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/49inttax.pdf>](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/49inttax.pdf).

¹⁹⁶ *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* (1950) GATT Doc. BISD II/188 (Rapport adopté) en ligne [wto.org <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/50amosul.pdf>](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/50amosul.pdf).

¹⁹⁷ *Taxes intérieures brésiliennes*, *supra* note 195 au para. 7.

similarité jusqu'en 1977. Entre temps, un groupe de travail convoqué en 1968 par les membres du GATT, apporta son analyse de la similarité, qui sera reprise dans la plupart des autres différends.

2.2.2 Le rapport *Ajustements fiscaux à la frontière*

Le 2 décembre 1970, le rapport *Ajustements fiscaux à la frontière*¹⁹⁹ est adopté par le groupe de travail chargé d'analyser les dispositions et les pratiques des Membres du GATT sur les ajustements fiscaux à la frontière. Dans ce rapport, les membres du groupe de travail échouent à trouver une définition de la similarité. Parlant d'une approche au cas par cas de l'analyse ils écrivent que :

[s]ome criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is "similar": the product's end-uses in a given market; consumers' tastes and habits, which change from country to country; the product's properties, nature and quality. It was observed, however, that the term "... like or similar products ..." caused some uncertainty and that it would be desirable to improve on it; however, no improved term was arrived at.²⁰⁰

L'approche qui nous est livrée dans ce rapport est une analyse de la similarité s'appuyant sur l'utilisation de trois critères généraux : propriétés, nature et qualité des produits; utilisations finales des produits; goûts et habitudes des consommateurs. À ces critères, la pratique des groupes spéciaux à ajouter le critère de la classification tarifaire qui avait été utilisé dans l'affaire *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* et qui sera reprise par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à plusieurs reprises²⁰¹.

¹⁹⁸ *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, supra note 198 au para. 8.

¹⁹⁹ *Rapport BTA*, supra note 194.

²⁰⁰ *Ibid.* au para. 18.

²⁰¹ Voir par exemple *Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux* (1977) GATT Doc. BISD 25S/49 (Rapport adopté) [CEE – Protéine]; *Japon – Boissons alcooliques I*, supra note 166; *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à*

L'utilisation de ces critères dans les décisions du GATT et de l'OMC lors de l'analyse de la similarité soulève plusieurs questions. La première porte sur la valeur juridique de cette liste. Ce rapport fait suite au mandat que le groupe de travail avait reçu du Conseil. Il devait examiner les dispositions du *GATT de 1947* portant sur les ajustements tarifaires pour faire des propositions et des suggestions²⁰² aux Parties à l'accord. Il n'a aucune valeur juridique contraignante. Ce n'est pas un accord. Ainsi, ces critères qui n'ont pas été « officiellement recommandés, mais simplement rapportés »²⁰³ ne sont qu'une « suggestion »²⁰⁴ leur refusant tout caractère autoritaire.

La seconde question nous interroge sur l'utilisation du terme « similar » par le Groupe de travail. Ce terme n'est pas utilisé dans l'article III du *GATT de 1947* ni du *GATT de 1994* qui utilise plutôt « like ». La réunion de ce Groupe de travail avait été demandée par le Conseil des Parties en vue d'examiner, les dispositions du GATT sur les ajustements fiscaux à la frontière, les pratiques des États parties au regard de ces ajustements et les effets possibles de ces ajustements sur le commerce international. Le Groupe de travail considéra que les dispositions à examiner étaient les articles I, II, III, VI, VII et XVI. Reprenant le fait que les termes « similar » ou « like » sont utilisés plus de seize fois dans l'accord, cette *suggestion* peut très bien se lire comme portant sur l'ensemble des dispositions dans lesquelles ces expressions sont utilisées, puisque le paragraphe 18 du *Rapport BTA venant* énoncer les critères est inclus dans l'analyse générale des dispositions visant les ajustements fiscaux à la frontière. De plus, rien dans la phrase « [s]ome criteria were suggested for determining whether a

base de Malt (Plainte du Canada) (1992), GATT doc. DS23/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. 233 (Rapport adopté) [*États-Unis – Boissons maltées*]; *États-Unis – Essence nouvelle*, supra note 7; *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 174; *Corée – Boissons alcooliques*, supra note 175; *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques* (2000) OMC Doc. WT/DS87-110/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Chili – Boissons alcooliques*]; *CE – Amiante*, supra note 192.

²⁰² GATT, Conseil, *Border Tax Adjustment – Proposed Terms of Reference for Working Party*, GATT Doc. C/W/124, 28 mars 1968 au para.1, en ligne wto.org <http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92170387.pdf>.

²⁰³ Hudec, « Like Product », supra note 177, à la p. 113

product is "similar" »²⁰⁵ ne fait référence à l'article III précisément puisqu'elle n'utilise pas le terme « like ». Or, la similarité des produits doit s'analyser au regard du contexte, et de l'objet et but de l'accord, et plus particulièrement de l'article III, qui diffère des autres dispositions.

La troisième question nous interroge sur le caractère exhaustif de cette liste. Le terme « some » montre bien que cette énumération ne constitue pas une liste fermée. D'autres critères peuvent être apportés. Le groupe de travail n'a pas réussi à faire ressortir de leur rencontre une liste précise, puisqu'aucune définition n'a pu être donnée. Pour reprendre leurs termes, « [i]t was observed, however, that the term "... like or similar products ..." caused some uncertainty »²⁰⁶. Autrement dit, le Conseil des parties n'a pas su préciser ce que recouvre la similarité. Les travaux de ce groupe de travail ont débouché sur l'énumération de trois critères. Pourtant, le seul critère qui avait déjà fait l'objet d'une reconnaissance par un groupe spécial, celui du classement tarifaire, n'est pas cité, suggérant qu'il n'a pas fait l'objet d'un accord au sein du groupe de travail. Ce critère, repris dès la première affaire qui a suivi la remise de ce rapport²⁰⁷, nous démontre le caractère non exhaustif de cette liste. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques I*, le Groupe spécial précise que l'analyse de la similarité doit se faire « en appliquant des critères susmentionnés [ceux du *Rapport BTA*], ainsi que d'autres critères reconnus dans la pratique antérieure du GATT »²⁰⁸ puis dans *Japon – Boissons alcooliques II*, il est possible de « prendre en compte les autres critères qui peuvent aussi être à retenir dans certains cas »²⁰⁹.

²⁰⁴ *Ibid.* (Notre traduction)

²⁰⁵ *Rapport BTA*, *supra* note 199 au para. 18.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *CEE – Protéine*, *supra* note 201.

²⁰⁸ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166 au para. 5.6.

²⁰⁹ *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 174 à la p. 25.

Enfin, ce rapport ne dit rien sur les conditions d'utilisation de ces critères. Sont-ils interdépendants, indépendants, complémentaires, cumulatifs? L'approche au cas par cas fait qu'il reste difficile de répondre à ces questions. La pratique issue des décisions du GATT et l'OMC est très variée. Elle ne définit pas de guide précis à l'utilisation de ces critères. Un tour d'horizon des décisions du GATT et de l'OMC nous montre qu'aucun groupe spécial n'a utilisé une même méthodologie au regard de la prise en compte des critères²¹⁰. Enfin, cette approche casuistique et exempte de formalisme signifie que deux produits peuvent être similaires dans un cas et différents dans un autre cas, nous interrogeant alors sur la méthodologie d'interprétation faite dans les décisions.

Le *Rapport BTA*, sorte de « coquille vide », sans valeur contraignante, constitue ainsi un outil largement incomplet, mais paradoxalement largement utilisé pour l'analyse de la similarité par les organes de règlements des différends du GATT et de l'OMC. Ces derniers semblent bénéficier d'une large autonomie à la détermination du champ conceptuel de similarité et à l'interprétation de ces critères au regard du cadre conceptuel ainsi déterminé.

2.3 L'approche économique comme préjugé structurel à l'analyse de la similarité

2.3.1 Le rapport de concurrence des produits

Le *GATT de 1947*, comme tous les accords de l'OMC est soumis, en tant que traité international, aux règles générales d'interprétation des traités. Dans *Japon-Boissons Alcooliques II*²¹¹, il est rappelé que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent suivre les règles coutumières d'interprétation du droit international public lorsqu'ils

²¹⁰ Par exemple, utilisation d'un critère. *CEE — Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants* (1990) GATT Doc. BISD 37S/132 (Rapport adopté); Utilisation de deux critères. *CEE — Protéine*, *supra* note 201; Utilisation de trois critères. *Japon — Boissons alcooliques II*, *supra* note 174; Utilisation de quatre critères. *Japon — Boissons alcooliques I*, *supra* note 166.

²¹¹ *Japon — Boissons alcooliques II*, *supra* note 174 à la p. 13.

cherchent à clarifier une disposition du *GATT de 1994* et autres accords de l'OMC²¹². Ces règles comprennent, entre autres, les articles 31.1 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²¹³ reconnus comme règle fondamentale de l'interprétation des traités²¹⁴. L'article 31.1 dispose qu'[un] « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. ».

Comme nous l'avons vu auparavant, l'article III sur le traitement national poursuit l'objectif d'établir un commerce sans discrimination. Il vise à « veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale »²¹⁵. Cette interdiction ne vise pas seulement les produits qui ont fait l'objet de concessions tarifaires²¹⁶. C'est une interdiction générale visant l'ensemble des produits importés une fois sur le territoire.

De plus, selon l'article 31.1 de la *Convention de Vienne*, le contexte dans lequel le terme est utilisé est également primordial pour l'interprétation de ce terme. Puisque l'expression de la similarité recouvre des sens différents selon le contexte où elle est utilisée, l'interprétation du contexte de l'article III est primordiale. Celui-ci nous est donné par l'article III.1, dont la jurisprudence du GATT et de l'OMC l'on définit comme un principe général d'interprétation de l'article III, et non une règle applicable à un cas précis²¹⁷. L'article III.1 dispose que :

²¹² *Memorandum d'accord*, supra note 10, art.3.2.

²¹³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 *R.T.N.U.* 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

²¹⁴ *États-Unis – Essence nouvelle*, supra note 7 aux pp. 13-14.

²¹⁵ *États-Unis – Article 337*, supra note 173 au para. 5.10.

²¹⁶ *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 174 à la p. 21

²¹⁷ Dans l'affaire *États-Unis – Boissons maltées*, le Groupe spécial analysa si une mesure discriminant un produit importé par rapport à un produit national similaire était contraire à l'article III du *GATT de 1947* sous le cadre de l'article III.1, c'est-à-dire, qu'elle regarda si la mesure avait été prise de manière

[l]es parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale. [*Nos surlignés*]

Cet article énonce les principes généraux alors que les autres dispositions, notamment les articles III.2 et III.4, énonce les obligations spécifiques des États membres²¹⁸. L'article III.1 « constitue une partie du contexte de l'article III:2, de même qu'il constitue une partie du contexte de chacun des autres paragraphes de l'article III »²¹⁹. Ainsi, l'interprétation de la similarité dans l'article III doit prendre en compte le contexte de cet article ainsi interprété, comme cherchant à éviter toute forme de protectionnisme envers les produits nationaux. La conséquence de cette interprétation contextuelle va être de focaliser les tests de la similarité de l'article III sur un rapport de concurrence entre produits nationaux et étrangers. Cette conclusion peut-être illustrer par plusieurs décisions. Par exemple, dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques I*, le Groupe spécial affirme que l'interprétation contextuelle de l'article III.2 contraint à offrir aux produits nationaux et importés des conditions compétitives comparables²²⁰. De même, dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* l'article III.2 est interprété comme visant à « protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes »²²¹.

à protéger la production nationale. Cette analyse, rejetée par l'Organe d'appel dans *Japon – Boissons alcooliques II. États-Unis – Boissons maltées*, *supra* note 201.

²¹⁸ *Ibid.* à la p. 22.

²¹⁹ *Ibid.* à la p. 23.

²²⁰ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166 au para. 5.5(b)

²²¹ *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* (1987) GATT doc. 34S/154 (Rapport adopté) [*États-Unis – Superfond*]

Pour ce qui est de l'article III.4, dans l'affaire *Italie – Machines agricoles*²²², le Groupe spécial va interpréter le terme « affectant » comme visant « toutes lois et règlements qui pourraient altérer, sur le marché intérieur, les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation »²²³. Dans l'affaire *Canada – Boissons alcooliques*, le Groupe spécial a conclu que :

l'obligation énoncée à l'article III:4 d'accorder aux produits importés un traitement non moins favorable que le traitement accordé aux produits d'origine nationale devait s'entendre comme l'obligation d'accorder aux produits importés des possibilités de concurrence non moins favorables que celles qui étaient accordées aux produits d'origine nationale²²⁴.

Ces décisions montrent bien que l'article III est interprété comme contraignant les membres de l'OMC à « garantir les conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux »²²⁵. L'interprétation contextuelle faite de l'article III vise donc à contraindre les organes juridictionnels du GATT et de l'OMC à s'assurer que le test de la similarité ait pour facteur primordial le rapport de concurrence entre produit national et produit importé, l'interprétation de « produit similaire » dans l'article III.2, première phrase et III.4 devant se faire au regard de produits placés en situation de concurrence.

Selon Erich Vranes, cette interprétation contextuelle de « produit similaire » sur la base d'un rapport de concurrence est corroborée par l'article III.2 seconde phrase combiné à l'Ad Note de l'article III²²⁶. Ces dispositions situent le rapport de similarité des produits au regard des produits directement concurrents ou

²²² *Italie – Machines Agricoles*, *supra* note 173.

²²³ *Ibid.* au para. 12.

²²⁴ *Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation* (1991), GATT doc. DS-17/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. 28 au para. 5.6; Voir aussi *États-Unis – Article 337*, *supra* note 173 au para. 5.10.

²²⁵ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166 au para. 5.6.

²²⁶ Vranes, *Trade and environment*, *supra* note 148 à la p. 193.

substituables. Contextuellement, cette catégorie doit également échapper à toutes mesures protectionnistes. L'interprétation littérale de ces dispositions pose de manière évidente la question de la similarité au regard d'un rapport de concurrence. Or, selon l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, la catégorie des produits directement concurrents et substituables est beaucoup plus vaste que celle des « produits similaires »²²⁷, elle l'incorpore. La structure « unique »²²⁸ de cet article par l'ajout de cette seconde phrase semble montrer clairement que l'on a souhaité ajouter une catégorie de produits non représentée dans la première phrase. Ainsi, l'expression « produit directement concurrent ou substituable » étant interprétée comme couvrant une catégorie plus large de produits, non couverts par « produits similaires »²²⁹, elle renforce l'analyse de la similarité (« produits similaires » et « produits directement concurrents et substituables ») des produits au regard d'un rapport de concurrence des produits.

L'interprétation littérale qui est faite de l'article III.2 seconde phrase conforte selon la jurisprudence une interprétation téléologique du champ conceptuel de la similarité basé sur une relation de concurrence entre un produit importé et un produit national²³⁰. Ce champ va servir de cadre à la détermination de la similarité, c'est-à-dire à la confrontation des critères venant poser une différence ou une similitude entre les produits au regard du marché.

Ce rapport de concurrence, comme nous allons le voir, sert de fondement au développement d'une analyse purement économique du concept de similarité et de ces critères. En effet, l'analyse développée utilisera des facteurs économétriques et non économétriques, empruntés au marché, dont la conséquence est d'opérer une

²²⁷ *Japon – Boissons Alcooliques II*, *supra* note 174 à la p. 30.

²²⁸ Hudec, « Like Product », *supra* note 177

²²⁹ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 221; Voir Vranes, *Trade and Environment*, *supra* note 148 aux pp. 197-98; Hudec, « Like Product », *ibid.*, à la p. 106.

²³⁰ Erich Vranes, *Trade and Environment*, *supra* 148 à la p. 194.

distinction entre les mesures fondées sur le produit en tant que tel, *product-based measures*, et celles fondées sur les PMP, *process-based measures*.

2.3.2 Un test de similarité confiné dans l'analyse économique des critères

Selon la jurisprudence du GATT et de l'OMC, l'analyse de la similarité doit avoir pour point de départ les conclusions du *Rapport BTA*, qui met en exergue les trois critères suivants: utilisation finale des produits; goûts et habitudes des consommateurs; les propriétés physiques des produits²³¹. En sus, le critère de la classification tarifaire intègre cette base d'analyse²³². Rappelons que l'analyse de ces critères dans la jurisprudence doit se faire au cas par cas, et que chaque décision n'en appelle pas forcément à l'ensemble des critères pour déterminer la similarité ou la différence entre produit national et produits importés.

Dans cette section nous allons montrer que la jurisprudence du GATT/OMC a toujours cherché, par son analyse des critères traditionnels, à lier la similarité des produits au regard d'un rapport de concurrence et de substituabilité. Toutefois, le double recours à la fois à des outils économétriques et non économétriques²³³ empruntés au marché, démontrera que le GATT et l'OMC se réservent une interprétation subjective de la détermination de la similarité, tendant à minorer le poids des facteurs objectifs au profit de facteurs subjectifs. Pour mener à bien cette analyse, nous avons procédé à une recherche systématique des critères utilisés dans les décisions appliquant le test de similarité.

Comme nous l'écrivions en début de chapitre, il n'existe pas de règle formelle venant renseigner sur la méthodologie à appliquer à l'examen des critères lors du test de similarité. De plus, au cours de la période étudiée, aucun indice ne peut-être décelé

²³¹ *États-Unis – Boissons maltées*, supra note 201, aux pp. 56-57.

²³² Voir section 2 Chapitre II.

²³³ Voir Horn, Mavroidis, *infra* note 292.

dans la jurisprudence venant préciser une méthodologie précise. Si l'on observe l'ensemble des décisions sélectionnées nous remarquons que les critères n'ont, soit pas été tous utilisés, soit leur poids dans la détermination de la similarité n'était pas identique. Certes, le caractère casuistique du test signifie que pour chaque cas d'espèce, l'analyse des critères peut conclure à des résultats différents. Des produits qui ont été identifiés comme similaires dans un cas peuvent être différents dans un autre cas²³⁴. Pour autant, à défaut de formalisme, ces décisions se doivent de respecter un principe essentiel de la procédure de règlement des différends, celui « d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »²³⁵ au moyen d'une « cohérence d'ensemble »²³⁶ de sa jurisprudence. L'analyse des différentes décisions venant à établir un test de similarité renforce une cohérence guidée par le marché dans lequel la similarité des produits est toujours recherchée.

L'analyse des différentes décisions fait ressortir que les critères, dont l'étude se focalise sur le marché par l'utilisation d'outils économiques, voient leur poids majoré par rapport aux autres critères.

2.3.2.1 Les caractéristiques physiques des produits et la classification tarifaire

Dans la période pré *Rapport BTA*, seuls les critères des caractéristiques physiques des produits et du classement tarifaire étaient utilisés. Ce dernier se base notamment sur la *Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*²³⁷, dont le Préambule²³⁸ démontre la volonté d'asseoir

²³⁴ Ole Kristian Fauchald, « Flexibility and Predictability Under the World Trade Organization's Non-Discrimination Clauses » (2003) 37:3 Journal of World Trade 443 à la p. 452

²³⁵ *Memorandum d'accord*, supra note 10, art 3.2.

²³⁶ Julien Burda, « L'efficacité du mécanisme de Règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » (2005) 18.2 Revue Québécoise de Droit International 1 à la p. 33.

²³⁷ *Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* (1983) 1503 RTNU 168 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1988) en ligne: <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201503/volume-1503-I-25910-French.pdf> [Système Harmonisé].

la classification selon des critères purement objectifs et excluant tout élément extrinsèque des biens²³⁹. La méthode utilisée pour classer les marchandises repose avant tout sur les caractéristiques physiques des biens. Ce critère a été utilisé pour la première fois lors de l'affaire *Australie – Sulfate d'ammonium*, dans laquelle seul ce critère fut utilisé pour déterminer si les produits en l'espèce étaient différents, à savoir le sulfate d'ammonium et le nitrate de sodium²⁴⁰. Dans cette affaire, la similarité telle qu'exprimée dans l'article III était perçue comme ayant le même sens que dans l'article I²⁴¹. Le Groupe spécial va alors distinguer d'une part, les produits directement concurrents ou substituables et d'autre part, les produits similaires au regard de leur place dans la classification tarifaire des États. Tout rapport de concurrence était exclu du champ de la similarité. Par ailleurs, dans l'affaire *CEE – Protéines pour animaux*²⁴², les produits ont été jugés différents, sur la base non seulement d'une classification tarifaire différente, mais également au regard du rapport de concurrence et de leur substituabilité qui avaient aussi été analysés²⁴³ lors du test de similarité. Ce passage marque le début de la prédominance de « critères subjectifs »²⁴⁴ sur le « critère objectif »²⁴⁵ de la classification tarifaire, critère dont la

²³⁸ *Ibid.*, Préambule:

de faciliter le commerce international, [...] la collecte la comparaison et l'analyse des statistiques, en particulier celles du commerce international [...] de réduire les frais qu'entraîne la nécessité d'attribuer aux marchandises une nouvelle désignation, un nouveau classement et un nouveau code [...] aux cours des échanges internationaux

²³⁹ Maureen Irish, « Interpretation and Naming: The Harmonized System in Canadian Customs Tariff Law » (1993) 31 Can. Y.B. Int'l L. 89, à la p. 91.

²⁴⁰ *Australie – Sulfate d'ammonium*, *supra* note 196 aux para. 8-9. Cette affaire est la seule dans laquelle ce seul critère fut utilisé dans le test de similarité.

²⁴¹ *Ibid.* au para. 8.

²⁴² *CEE – Protéines pour animaux*, *supra* note 201.

²⁴³ *Ibid.* au para. 4.3.

²⁴⁴ Rex J. Zedaly, « A Theory of the GATT "Like" Product Common Language Cases » (1994) 27 Vand. J. Transnat'l L. 33 à la p. 88.

²⁴⁵ Les notions de critères objectifs et subjectifs apparaissent dans *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166 au para 5.7 : « la "similitude" des produits devait être examinée en tenant compte non seulement de critères objectifs (tels que la composition et les procédés de fabrication des produits),

mise en perspective dans une analyse fondée sur le rapport de concurrence était difficile à faire²⁴⁶. Même si ce critère du classement tarifaire il pouvait être utilisé dans le test de similarité, l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons Alcooliques II* a considéré que « les consolidations tarifaires qui portent sur un large éventail de produits ne sont pas un critère valable pour apprécier ou confirmer la "similarité" de produits au regard de l'article III:2 »²⁴⁷ et que « les déclarations concernant le rapport pouvant exister entre les consolidations tarifaires et la "similarité" doivent être faites avec précaution »²⁴⁸. Ainsi, dans les décisions qui suivirent, le poids donné au critère de la classification tarifaire dans le test de la similarité devait tendre à diminuer au profit d'autres critères permettant alors d'asseoir leur analyse sur une analyse de marché de la relation de concurrence entre les produits.

Dans ce même ordre d'idées, le critère des « propriétés, nature et qualité des produits »²⁴⁹, même s'il est utilisé dans la quasi-totalité des décisions²⁵⁰ a eu une incidence mineure la plupart du temps sur la définition de la similarité en raison de plusieurs conditions posées par la jurisprudence à son utilisation. Tout d'abord, les

mais aussi du point de vue plus subjectif des consommateurs (comme la consommation et l'utilisation par les consommateurs) »

²⁴⁶ Vranes, *Trade and Environment*, *supra* note 148 à la p. 196. *A contrario*, Maureen Irish, *supra* note 239. Cette auteure défend la thèse que la classification tarifaire issue du *Système Harmonisé* ne doit pas être interprétée selon les seules caractéristiques physiques des biens, mais aussi selon des facteurs commerciaux comme leur utilisation finale par les consommateurs, puisque ces biens ont été créés pour servir un contexte commercial particulier. Cette approche, même si elle s'oppose à la vision du *SH* comme critère objectif, transforme ce critère en un critère subjectif et soumis à des facteurs relevant du marché, venant alors soutenir notre hypothèse.

²⁴⁷ *Japon – Boissons Alcooliques II*, *supra* note 174 à la p. 27.

²⁴⁸ *Ibid.* note de bas de page 62.

²⁴⁹ *Rapport BTA*, *supra* note 194 au para. 18.

²⁵⁰ *Australie – Sulfate d'ammonium* reste la seule affaire à ne pas avoir fait appel à ce critère. Voir entre autres *CE – Protéines animales*, *supra* note 201; *Etats-Unis – Superfond*, *supra* note 221; *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (Plainte des États – Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS31/R, Rapport du Groupe spécial; *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (Plainte des États – Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS31/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel [*Canada – Périodiques*].

différences mineures telles que la couleur, le goût et l'arôme sont exclues de l'analyse²⁵¹. Ensuite, ce critère ne peut seul suffire à déterminer si deux produits sont similaires²⁵². *A contrario*, la seule différence sur les caractéristiques physiques des produits suffit²⁵³. En général, l'accent va porter sur les deux autres critères, auxquels un poids plus important sera donné dans la définition de la similarité des produits. Que cela soit pour le critère de l'utilisation finale des produits, ou celui des goûts et habitudes des consommateurs, l'utilisation de ces critères nécessite la définition d'un marché. Pourtant, aucune référence à un marché ne fut donnée dans les trois premières affaires utilisant ce critère. Dans *CEE – Protéines pour animaux*, le Panel arriva à la conclusion que les produits n'étaient pas similaires, mais qu'ils « pouvaient être substitués techniquement les uns aux autres dans leur utilisation finale »²⁵⁴. Il en est de même dans *États-Unis – Superfond*²⁵⁵.

2.3.2.2 Le critère des utilisations finales dans un marché donné

À partir de la naissance de l'OMC, l'analyse des critères va se focaliser sur une analyse des critères basés sur le marché. La première affaire en 1996 est la seule à suivre l'ancien raisonnement qui avait cours sous le GATT. Dans *États-Unis – Essence nouvelle*, le Groupe spécial déclara que les essences importées et domestiques étaient similaires simplement parce qu'elles partageaient « les mêmes caractéristiques physiques, faisaient l'objet des mêmes utilisations finales et de la même classification tarifaire et étaient parfaitement interchangeables »²⁵⁶. Toutefois,

²⁵¹ *Japon – Boissons alcooliques I*, supra note 166 au para 5.6.

²⁵² Voir par exemple *Japon – Boissons alcooliques I*, *ibid.*; *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, (1996) OMC, doc. Off. WT/DS2/R (Rapport du groupe spécial).

²⁵³ *CE – Amiante*, supra note 192, au para. 152

²⁵⁴ *CEE – Protéines pour animaux*, supra note 201 au para. 4.3.

²⁵⁵ *États-Unis – Superfond*, supra note 221, au para. 5.1.1. Dans cette affaire le Groupe spécial conclua que les produits importés (le pétrole brut, les condensats de pétrole brut, la gazoline, les huiles raffinées et résiduaire et certains autres hydrocarbures liquides) étaient similaires aux produits nationaux

²⁵⁶ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, 29 janvier 1996 (Rapport du Groupe spécial), au para. 6.9.

cette décision peut être minimisée sur deux points. Premier, les deux parties en l'espèce convenaient que les produits étaient similaires, et ne soulevaient aucune opposition. Ensuite, l'Organe d'appel n'a pas étudié la question et a considéré la similarité sans l'analyser²⁵⁷.

Par la suite, les facteurs seront largement observés à travers une analyse effectuée au regard des utilisations finales des produits. L'analyse de ce critère nécessite que l'on se place dans un marché donné, soit celui de la demande soit celui de l'offre²⁵⁸ et que l'on regarde les produits dans un rapport de concurrence en référence aux prix et aux préférences des consommateurs au moyen d'outils, comme l'élasticité prix-croisée²⁵⁹, stratégies commerciales et autres.

Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, le Groupe spécial, va trouver que les produits en question sont directement concurrents et substituables au regard du haut niveau de leur substituabilité, déterminé par une forte « élasticité-prix »²⁶⁰. L'analyse s'appuyait très largement sur une étude de marché soumise par les parties plaignantes, et rejetait l'étude soumise par le Japon au prétexte qu'elle « n'avait pas tenu compte des distorsions de prix provoquées par la taxation intérieure »²⁶¹. Toutefois, selon le Groupe spéciale critère de l'élasticité des prix-croisé ne devait pas être le seul critère retenu. Même si son poids est important dans la détermination de la similarité, les caractéristiques physiques et la classification devaient être prises

²⁵⁷ *États-Unis – Essence nouvelles*, supra note 7.

²⁵⁸ Voir Damien Neven, « How Should Protection be Evaluated in Article III GATT Disputes? » (2001) 17 *European Journal of Political Economy* 421.

²⁵⁹ « L'élasticité-prix croisée indique de combien (en pourcentage) la demande d'un produit (margarine) varie en réaction à une hausse de 1% du prix d'un autre produit (beurre). Elle est positive si les deux produits sont des substituts et négative s'ils sont des compléments. Ce dernier cas se présente, par exemple, lorsqu'une hausse du prix (et donc une baisse de la demande) des voitures entraîne une baisse de la demande d'autoradios ». Pour une analyse plus approfondie de l'analyse fondée sur l'élasticité voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2005*, Washington, OMC, 2005 à la p.193.

²⁶⁰ *Japon – Taxes sur les produits alcooliques*, WT/DS8,10,11/R, Groupe spécial, au para. 6.29. Aussi, au paragraphe 6.31.

en compte²⁶², ce qui sera confirmé par l'Organe d'appel²⁶³. Toutefois, elles étaient réduites à leur plus simple expression²⁶⁴. Cette analyse sera reprise dans *Canada – Périodiques* par l'Organe d'Appel, affaire dans laquelle la substituabilité des produits fut étudiée au regard d'une analyse de marché. Il conclura que les périodiques importés à tirage dédoublé et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé sont directement concurrents et substituables « dans la mesure où ils font partie du même segment du marché canadien des périodiques »²⁶⁵. Toutefois, elle rejeta la conclusion du Groupe spécial, qui avait fondé la similarité des produits sur un marché construit hypothétiquement²⁶⁶.

Dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*, le Groupe spécial va refuser la prédominance du critère de l'analyse de l'élasticité prix-croisé. Considérant que ce facteur s'appuie sur la demande latente des consommateurs, demande qui « peut être influencée entre autres choses par une taxation protectionniste antérieure, des prohibitions ou restrictions quantitatives à l'importation antérieures »²⁶⁷, il faut aussi

²⁶¹ *Ibid.*, au para. 6.31.

²⁶² *Ibid.*, au para. 6.21.

²⁶³ *Japon – boissons alcooliques II*, *supra* note 174, à la p. 25.

²⁶⁴ *Japon – boissons alcooliques II*, *Rapport du Groupe spécial*, *supra* note 260, au para 6.23 :

Il a noté que la plupart des caractéristiques physiques de la vodka et du shochu étaient les mêmes. De l'avis du Groupe spécial, sauf en ce qui concernait le filtrage, la définition des deux produits était virtuellement identique. Le Groupe spécial a noté qu'une différence dans la caractéristique physique constituée par la teneur en alcool des deux produits n'empêchait pas de constater leur similarité d'autant que les boissons alcooliques étaient souvent consommées sous une forme diluée

²⁶⁵ *Canada – Périodiques*, *supra* note 250, à la p. 31.

²⁶⁶ *Ibid.*, à la p. 24.

²⁶⁷ *Corée – Boissons alcooliques*, *supra* note 175, au para. 123; Aussi, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, *alcooliques* (1998) OMC Doc. WT/DS75, 84/R (Rapport du Groupe spécial), au para. 10.46.

prendre en compte d'autres éléments, dont l'analyse doit se rapporter à un marché potentiel et se placer alors du côté de l'offre, l'analyse d'un marché extérieur est aussi possible²⁶⁸. Ainsi, le Groupe spécial va inclure dans son étude deux autres facteurs non économétriques, à savoir, les réseaux de distribution et les stratégies de commercialisation. Cette analyse de marché ultra sophistiquée permet de placer l'étude dans un marché potentiel au regard d'une demande latente.

La concurrence sur le marché est un processus dynamique, évolutif. En conséquence, le libellé de l'expression "directement concurrents ou directement substituables" signifie que le rapport de concurrence entre les produits ne doit pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs. À notre avis, le mot "substituables" indique que le rapport requis peut exister entre des produits qui ne sont pas à un moment donné considérés par les consommateurs comme des substituts, mais qui n'en sont pas moins susceptibles d'être substitués l'un à l'autre²⁶⁹.

Cette analyse sera reprise plus tard dans *Chili – Boissons alcooliques*²⁷⁰. On voit bien ici que le passage à l'analyse de la similarité dans un autre marché est justifié par le fait que l'État pourrait influencer son propre marché. Ainsi, cette transition dans le test de similarité permet de sortir l'étude de la similarité de toute sphère dans laquelle l'État pourrait intervenir, et se positionner principalement dans la seule sphère du

de tels facteurs sont pertinents et devraient être pris en considération pour déterminer la nature des rapports de concurrence en cause. Comme il est souligné plus haut, les Groupes spéciaux chargés des affaires *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques I et II* ont indiqué que les politiques fiscales gouvernementales pouvaient avoir pour effet de figer les préférences des consommateurs en faveur des produits nationaux. Ne tenir aucun compte de tels éléments de preuve venant d'autres marchés exigerait que l'on se fonde entièrement sur les renseignements concernant le marché actuel qui peuvent ne pas être fiables car ils ont tendance à sous estimer le rapport de concurrence en raison des mesures mêmes qui sont contestées.

²⁶⁸ *Ibid.*, Rapport du Groupe spécial, au para. 10.45.

²⁶⁹ *Corée – Boissons alcooliques*, *supra* note 175, au para. 114.

²⁷⁰ *Chili – Boissons alcooliques*, *supra* note 201.

libre marché. Ce raisonnement sera le même pour le critère des goûts et habitudes des consommateurs.

2.3.2.3 Les goûts et habitudes des consommateurs

De la même manière que pour les critères des caractéristiques physiques des produits et de la classification tarifaire, l'utilisation de ce critère démontrera que les décisions rendues sous l'OMC vont tendre à minimiser son importance dans le test de similarité, et notamment au regard du critère des utilisations finales. La plupart du temps, ce critère sera utilisé dans le cadre de l'analyse des utilisations finales. En effet, ces deux critères partagent le fait qu'ils doivent s'étudier dans un marché. Toutefois, les goûts et habitudes du consommateur doivent s'observer dans le marché, or nous venons de voir que l'Organe d'appel considère que le marché peut-être influencé par les politiques de l'État. Il n'est pas possible de considérer ce critère dans un autre marché, ou dans un marché hypothétique. Ces constatations seront reprises dans *Japon – Boissons alcooliques I*²⁷¹. Dans les deux décisions qui utiliseront ce critère après la naissance de l'OMC à savoir, *Canada – Périodiques* et *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*²⁷², ce critère fut étroitement lié à celui des utilisations finales, et analysé au regard de l'étude marché sur laquelle le rapport élasticité prix-croisé se fondait.

²⁷¹ *Japon – Boissons alcooliques I*, *supra* note 166, au para. 5.7 :

Étant donné que les habitudes des consommateurs varient selon l'époque et l'endroit et que l'objectif de l'article III:2, qui est d'assurer la neutralité de la taxation intérieure à l'égard de la concurrence entre produits importés et produits nationaux similaires, ne pourrait pas être atteint s'il était possible de recourir à des taxes différentielles pour fixer les préférences des consommateurs sur des produits nationaux traditionnels, le Groupe spécial a conclu que les habitudes traditionnelles des consommateurs japonais à l'égard du shochu ne sont nullement une raison de ne pas considérer la vodka comme un produit "similaire".

²⁷² *Indonésie – certaines mesures affectant l'industrie automobile* (1998) OMC, doc. off. WT/DS54, 55, 59, 64/R (Rapport du Groupe spécial).

De la même manière que pour le critère des utilisations finales, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont fait migré l'analyse de ce critère sur des facteurs excluant toute possibilité d'intervention et de manœuvre de l'État, en se focalisant sur l'analyse des réseaux de distribution et les stratégies de marché et leurs influences sur les goûts et habitudes des consommateurs :

lorsque les circuits de distribution sont fort différents, cela peut donner à penser que les produits ne sont pas substituables. Par exemple, si les produits sont ordinairement présentés séparément, cela constitue un élément de preuve établissant que les consommateurs ne les associent peut-être pas ensemble dans leur esprit²⁷³

Dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, le groupe spécial en arriva à la conclusion que le Pisco et les eaux de vies distillées importées étaient directement concurrents et substituables en raison du fait qu'elles partageaient les mêmes espaces, étaient rangées côte à côte, et cela, de manière répétée. De la même manière, les stratégies de marché, et notamment l'utilisation de la publicité, pouvaient jouer sur ce critère, comme ce fut le cas dans *Canada – Périodiques*²⁷⁴.

L'analyse des critères traditionnels dans l'ensemble de ces décisions tend à démontrer que l'Organe d'appel, mais aussi les groupes spéciaux, ont toujours voulu confiner l'analyse de la similarité au regard du marché, et de ses propres outils. Si on a pu voir un retour sur l'utilisation de l'élasticité croisée dans l'étude des utilisations finales, cela n'a pas réduit la place des facteurs fondés sur le marché. Au contraire, ce « revirement » semble plus être attribuable à une volonté d'exclure toute interférence étatique dans l'étude du marché, et s'est conclu par l'utilisation de nouveaux facteurs, comme les stratégies de marchés et les réseaux de distribution. Ces nouveaux facteurs ont permis l'utilisation de critères traditionnellement plus ouverts à des

²⁷³ *Chili – Boissons alcooliques*, *supra* note 201, au para. 7.59.

²⁷⁴ *Canada – Périodiques*, *supra* note 250 à la p. 29.

considérations autres que celles imposées par le marché, mais leur analyse a toutefois été confinée dans une sphère mercantile. Cette étude vient démontrer qu'un cadre d'analyse sous-jacent, tendant à promouvoir une interprétation basée sur le marché, a été imposé comme cadre d'analyse, rejetant ainsi tout autre cadre.

2.4 Conclusions

La similarité et sa définition sont au cœur de la clause de traitement de l'article III du GATT. Ce concept demeure toutefois largement indéterminé, nécessitant une interprétation de la part des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Celle-ci sera toujours recherchée au regard du contexte, de l'objet et du but des dispositions, et de l'accord, tout en garantissant cohérence et prévisibilité juridique. Malgré l'absence totale de formalisme et de lignes conductrices dans l'ensemble de ces décisions, en ce qui a trait à l'analyse de la similarité et de ses critères, la détermination de la similarité visera avant tout à protéger et à garantir le rapport de concurrence des produits. Ce rapport s'inscrit et s'observe uniquement dans le cadre du marché, libéré de toute interférence étatique. Il est intéressant de noter que la plupart de ces décisions touchent à la fiscalité des alcools. Sous prétexte de la casuistique de la similarité, il n'existe pas ou peu de décision mettant en œuvre de la même manière ce test de la similarité, que cela soit par l'utilisation d'un ou plusieurs critères selon les décisions, ou à l'intérieur même de ces critères, c'est-à-dire par la multitudes de facteurs développés pour l'étude de ces critères. La distinction qui existe entre l'analyse de l'offre et celle de la demande est un bon exemple. Lorsque *Japon-Boissons alcooliques II* proposait en 1996 un test de similarité basé sur la demande, confirmé par l'Organe d'appel, cette même méthodologie devait être balayée deux ans plus tard dans la décision *Corée – Boissons alcooliques*, de nouveau confirmée en appel. La casuistique sera le fondement de cette décision, toutefois, la méthode développée en 1996 ne sera plus utilisée, tout du moins comme critère fort de la similarité. Ainsi, il est très difficile de trouver une cohérence d'ensemble dans la méthodologie de l'analyse des critères de similarité. Toutefois, toutes les décisions

atteindront le même résultat, à savoir, un accroissement de la libéralisation des échanges par la suppression des entraves au commerce international. La conséquence directe de cette vision serait le rejet de tout autre objectif, comme celui de l'environnement ou des conditions de travail, par l'institution au profit de ce seul objectif au service de sa légitimité.

CHAPITRE III

LES PROCÉDÉS ET MÉTHODES DE PRODUCTION SOUS LE PRINCIPE DE TRAITEMENT NATIONAL.

Comme nous venons de le montrer, le concept de « similarité » est enfermé dans un rapport de concurrence des produits au regard de ses effets sur le marché. Cette approche de la similarité, à laquelle l'Organe d'appel disciplinera les groupes spéciaux, aura pour effet de créer un sentiment que l'article III donne aux « produits similaires » une autorisation générale d'accès au marché. Les conséquences d'une telle interprétation du principe de traitement national seront d'une part doubles et d'autre part, s'imposeront au fil d'une jurisprudence parfois contradictoire.

La première conséquence concerne les mesures liées aux procédés et méthodes de production en enfermant la notion de produit dans un cycle de vie limité à sa mise en vente et à sa consommation, cette approche permet la mise à l'écart des mesures distinguant les produits selon des procédés et méthodes de production « non liés au produit » et « liés au produit », mesures que nous définirons dans une première section. Cette approche, que Robert E. Hudec nomme *product process doctrine*²⁷⁵, a pour effet, d'une part, de faire peser sur toutes réglementations nationales, fiscales ou autres, entraînant un désavantage pour les produits importés, et fondées sur les procédés et méthodes de production, une illégalité *prima facie* au regard du principe

de traitement national introduit par l'article III²⁷⁶ du *GATT de 1947*, et donc du principe de non-discrimination²⁷⁷. D'autre part, elle conduit à poser une interprétation restrictive de l'expression « produit similaire ». Les PMP non liés au produit, utilisés comme éléments de distinction entre deux produits nationaux et importés, sont exclus et renvoyés à l'examen de la conformité des prescriptions nationales sous les exceptions générales prévues à l'article XX du *GATT de 1947*²⁷⁸ (section 2).

La seconde conséquence de cette interprétation du principe de traitement national concerne la séparation entre la sphère publique et la sphère privée, c'est-à-dire que le produit est observé uniquement dans le cadre de la sphère privée, le marché supposément apolitique, et échappant à l'action de l'État, par nature politique. Autrement dit, la similarité des produits telle qu'elle est, et fut conçue dans la jurisprudence du GATT puis de l'OMC, démontre l'opposition qui existe à l'OMC à

²⁷⁵ Hudec, « Product-Process Doctrine », *supra* note 23 au ch. 12.

²⁷⁶ *Thon/Dauphin I*, *supra* note 300, au para. 5. 13 et s.

²⁷⁷ *Ibid.* Cette doctrine ne s'applique pas pour les procédés et méthodes de production qui ont un impact sur les caractéristiques finales du produit, comme par exemple les réglementations concernant la qualité sanitaire des produits alimentaires dont l'Accord SPS prévoit des règles particulières. *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 (entrée en vigueur: 1er janvier 1995) [*Accord SPS*].

²⁷⁸ Article XX, *GATT de 1947* :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures [...]

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
[...]

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales; [...] ».

conditionner l'entrée des produits étrangers sur le marché d'un État avec des politiques internes qui sont considérées comme étrangères à la qualité des produits²⁷⁹ (section 3). Toutefois, la décision *CE – Amiante* obligera l'Organe d'appel, et donc l'OMC, à mesurer son interprétation afin de justifier politiquement les conséquences de son approche (section 4). Ainsi, le choix effectué par l'Organe d'appel et ses membres d'une approche fondamentalement économique de la similarité vise à exclure toutes interventions étatiques, faisant des politiques de protection de l'environnement ou des droits économiques et sociaux des travailleurs des victimes idéologiques de cette approche.

3.1 La classification des mesures liées aux procédés et méthodes de production (PMP) des produits

3.1.1 Définition

L'expression « procédés et méthodes de production » est absente du texte du *GATT de 1947*. Elle apparaît pour la première fois dans le système commercial multilatéral actuel dans l'*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce* de 1979²⁸⁰, mais ne sera toujours pas employée dans le *GATT de 1994*. Jusqu'à ce jour, aucune décision rendue sous le GATT et l'OMC, ne l'utilise ou vient la définir. Selon l'OCDE²⁸¹, les PMP peuvent se définir comme « la manière dont les produits sont fabriqués ou transformés et dont les ressources naturelles sont prélevées ou récoltées »²⁸². Les réglementations touchant au PMP sont les plus fréquentes et les

²⁷⁹ Hudec, « Product-Process Doctrine », *supra* note 23

²⁸⁰ *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, JOCE. 17.03.1980, n° L 71 p. 29-43 (entrée en vigueur 13 mars 1980), art. 14.25

²⁸¹ L'utilisation d'un rapport de l'OCDE pour définir les procédés et méthodes de production dans ce mémoire, est exceptionnel. Elle se justifie par une absence totale de ressource concernant les PMP, dans les documents officiels de l'OMC. De plus, l'Organe d'appel fait souvent appel au rapport de l'OCDE dans ses décisions. Voir par ex. OMC, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (Plainte du Japon, des Communautés européennes) (2007), Doc. OMC WT/DS332/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), au para. 23.

²⁸² OCDE, Secrétariat général, *Procédés et méthodes de production (PMP) : cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP*, n° de doc. OCDE/GD(97)137, Paris,

plus diverses dans l'arsenal réglementaire visant à protéger l'environnement²⁸³. En effet, les réglementations visant à contrôler les émissions polluantes de l'industrie pour limiter le rejet de gaz toxiques dans l'atmosphère, ou celles portant sur les méthodes de pêches ou de chasse pour protéger le renouvellement des espèces sont des exemples de réglementations touchant aux PMP des produits et des biens. Pour autant, toutes ne sont pas à étudier au regard des prescriptions du GATT et de l'OMC. Seules celles qui introduisent un traitement différencié entre deux produits sur les bases de leur PMP doivent être étudiées.

Cette définition nous interpelle quant à la notion de « produit » dans les mesures attachées aux PMP. Le produit n'est pas ici regardé dans l'ensemble de son cycle de vie, c'est-à-dire de la « transformation des matières premières, production, distribution, consommation et finalement élimination »²⁸⁴, mais seulement au moment de sa fabrication, s'attachant uniquement aux phases de la transformation des matières premières et de la production. La réglementation visant les PMP des produits intervient alors à n'importe quel stade de leur fabrication afin d'en diminuer l'impact écologique. Elle cherche à agir sur les stades entourant le processus de production auxquels on attribue des externalités environnementales²⁸⁵, non relatives

OCDE, 1997, en ligne : OCDE <[http://www.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/NT0000299E/\\$FILE/08F73098.PDF](http://www.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/NT0000299E/$FILE/08F73098.PDF)> à la p. 7 [OCDE, *PMP*]

²⁸³ Sandford E. Gaines, « Process and Production Methods: How to produce sound Policy for environmental PPM-based trade measures? » (2002) 27 *Columb. J. Envtl. L.* 383 à la p. 394; Les PMP peuvent aussi toucher aux réglementations visant les conditions de travail.

²⁸⁴ Centre du commerce international CNUCED/OMC, « Une introduction à l'éco-étiquetage », en ligne : (2003) 73 *Gestion de la qualité des exportations* à la p. 2, <<http://www.intracen.org/tdc/Export%20Quality%20Bulletins/eq73fr.pdf>>

²⁸⁵ Par exemple, le rejet de produits toxiques issus de la production du papier, ou l'extrême consommation d'eau par l'industrie des sables bitumineux est une externalité environnementale. Comme nous le disions en introduction, une externalité est négative, lorsqu'elle est imposée à autrui par un agent économique, mais dont il ne tient pas compte dans sa décision de production ou de consommation ». OCDE, *Les taxes liées à l'environnement dans les pays de l'OCDE: problèmes et stratégies*, *supra* note 13.

à l'origine géographique²⁸⁶. Autrement dit, les PMP n'interviennent qu'au stade de la production, c'est-à-dire avant qu'un produit ne se retrouve sur le marché²⁸⁷. Ainsi définis, il est nécessaire d'effectuer un classement entre les différentes mesures liées au PMP. Cette classification est primordiale au regard du test de la similarité, puisqu'elle permet de définir précisément les critères utilisés dans une réglementation pour opérer la distinction et ainsi déterminer la catégorie des produits distinguée. Autrement dit, la distinction des produits dans une mesure se fonde-t-elle sur leur effet sur le marché, sur un objectif de santé publique ou autre. Cette détermination est fondamentale dans une approche de la similarité fondée sur un rapport de concurrence. De plus, ce classement est essentiel d'un point de vue méthodologique, étant donné qu'aucune décision ne se réfère directement à l'expression PMP, c'est à nous-mêmes de préciser les affaires dans lesquelles une mesure liée à une PMP est en cause.

3.1.2 Taxonomies des mesures liées aux procédés et méthodes de production

3.1.2.1 « PMP liés au produit » et « PMP non liés au produit »

La définition des PMP appelle à faire une première différence entre les mesures relatives aux PMP. Il faut distinguer les « PMP liés au produit » (*product-related measures*) et les « PMP non liés au produit » (*non-product-related measures* ou *process-based measures*²⁸⁸). Les premières agissent sur les caractéristiques physiques du produit et donc sur le produit final. Les secondes n'influent pas sur le produit final, c'est-à-dire que les caractéristiques physiques du produit restent identiques²⁸⁹. Par exemple, une mesure relative à l'utilisation des engrais chimiques sur les fruits

²⁸⁶ Les PMP relatives à la distribution sont ici exclues de l'analyse puisqu'elles se fondent sur l'origine géographique des produits

²⁸⁷ OCDE, *PMP*, *supra* note 282 à la p. 9.

²⁸⁸ Howse et Regan utilise plutôt l'expression *process-based measures*. Robert Howse, Donald Regan, « The Product/Process Distinction – An illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy » (2000) 11:2 EJIL 249 [Howse et Regan, « Product/Process Distinction »]

²⁸⁹ *Commerce et Changement Climatique*, *supra* note 15 à la p. 118.

serait une mesure relevant des PMP liés au produit, les engrais se retrouvant dans le produit à consommer. *A contrario*, une mesure distinguant deux chaises, l'une faite en bois issu d'un mode de production durable et l'autre d'un bois issu d'un mode de production non durable ou incertaine serait une mesure relative à des PMP non liés au produit. Selon Steve Charnovitz, les PMP liés au produit servent à assurer la fonctionnalité d'un produit et la sécurité du consommateur qui l'utilise²⁹⁰. Les PMP non liés au produit ont un objectif social ou environnemental qui n'a pas d'impact sur le produit en que tel²⁹¹.

Si la question des PMP liés au produit a fait l'unanimité parmi la doctrine²⁹², il n'en est pas de même pour ce qui est des PMP non liés au produit. Cette question est plus complexe, car, selon certains auteurs²⁹³, le plus souvent les effets d'une telle distinction ne sont pas uniquement restreints au seul territoire de l'État qui les utilise, mais peuvent avoir des effets extraterritoriaux. Ce type de mesure est considéré en général comme la volonté d'un État d'imposer des changements dans la politique environnementale des pays exportateurs²⁹⁴. Autrement dit, dans la structure actuelle du commerce international, les mesures portant sur les PMP non liées au produit sont considérées par cette doctrine comme des mesures impérialistes des pays développés du Nord sur les pays du Sud exportateurs²⁹⁵. Bon nombre d'auteurs soutiennent ainsi

²⁹⁰ Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152, à la p. 65.

²⁹¹ *Ibid.*; Voir aussi Jacqueline Peel, « Confusing product with process: a critique of the application of product-based tests to environmental process standards in the WTO » (2002) 10:2 New York University Environmental Law Journal 217 à la p. 238 et s. [Peel, « Confusing Product»]

²⁹² Henrik Horn, Petros C., Mavroidis, « Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT-WTO » (2004) 15:1 European Journal of International Law 39; Mike Meier, « GATT, WTO, and the environment: to what extent do GATT/WTO rules permit member nations to protect the environment when doing so adversely affects trade? » (1997) 8 Colorado Journal of International Environmental Law & Policy 241.

²⁹³ Peel, « Confusing Product » à la p. 238 et s.

²⁹⁴ Voir Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152 à la p. 66; Peel, *ibid.* À la p. 220.

²⁹⁵ À titre personnel, je souhaiterais rapporter les propos d'une discussion avec un représentant de Consumers International pour les questions ayant trait à la protection du consommateur dans les affaires portées devant l'OMC. Cette discussion s'est déroulée lors d'une conférence donnée dans le cadre de l'École d'été en droit de la consommation organisée par le Groupe de recherche et d'étude en

que les mesures nationales de protection de l'environnement agissant sur les PMP non liés au produit sont en réalité des entraves au commerce international et qu'à ce titre elles doivent être jugées comme discriminatoires et tomber sous le coup des règles de l'OMC. Pour cette doctrine, laquelle, nous devons le préciser, est largement dominante, ce rejet des PMP est motivé par des positions idéologiques. En effet, la plupart opposent à ces mesures dites extraterritoriales, le principe de souveraineté des États pour justifier un accroissement de l'ouverture des accès au marché, qui lui, s'appuie sur le principe de coopération.

3.1.2.2 Une classification selon l'effet sur le marché

Steve Charnovitz va proposer une autre classification. Selon lui, la taxonomie que nous venons d'expliquer est insuffisante, car elle ne rend pas complètement compte de la distinction qui existe entre les différentes mesures touchant au PMP d'un produit. En effet, selon cette classification une même mesure pourrait être liée ou non au produit selon l'objectif qui la guide. Par exemple, l'interdiction des OGM est liée au produit si elle a un impact sur la santé du consommateur, mais non liée si elle est prise dans le but de satisfaire un objectif écologique. De plus, cette classification ne prend pas en compte quand produit et processus ne sont qu'un, autrement dit, quand la distinction des produits repose sur une catégorisation abstraite des produits. Par exemple, lorsqu'une réglementation distingue une canette issue du recyclage et celle non issue du recyclage, le processus fait le produit. Il propose donc une autre nomenclature entre les différents PMP qui les distingue selon trois catégories. Celles relatives aux « standards »²⁹⁶ de production (*how-produced standard*), celles aux « standards » de la politique de l'État qui a pris la mesure (*government policy*

droit international et comparé de la consommation (GREDICC) en juillet 2010. À ma question, êtes-vous favorable au PMP non liés au produit, sa réponse fut que ce serait une très mauvaise décision pour les pays du Sud, les pays producteurs, qui se verraient imposer des standards coûteux, tant sur le plan financier que technologique, et que ce serait une forme d'impérialisme.

standard), et celles relatives aux caractéristiques du producteur (*producer characteristics standard*)²⁹⁷. Prenons un exemple pour chacune d'entre elles. Pour la première, une mesure interdisant l'importation de produits faits à base de bois non issu du développement durable est une mesure liée aux caractéristiques de production. Pour la seconde, si un État interdit l'importation de chaises faites d'un bois non issu de la production durable d'un pays qui autorise ce type de production alors c'est une mesure liée aux objectifs politiques de l'État. Enfin pour la troisième, une mesure qui regarde si un producteur appartient à un organisme de certification pour la provenance du bois par exemple, et une mesure relative aux caractéristiques du fabricant (ou de l'importateur). Ce classement permet, selon Steve Charnovitz, de dépasser les critiques que l'on associe au classement basé sur une distinction entre liés/non liés au produit. D'une part, l'observation du produit dans son cycle de vie n'est plus le dénominateur commun à la distinction, mais répond plutôt aux questions qui (*producer characteristics standard*), comment (*how-produced standard*) et d'où (*government policy standard*). Les mesures qui répondent à cette dernière question relèvent plus de l'embargo, que des PMP²⁹⁸ et posent quatre problèmes. Elles permettent aux États importateurs d'imposer leurs politiques environnementales, par exemple, aux États producteurs. Elles pénalisent l'initiative des acteurs du pays importateurs, qui se conforment avec la réglementation du pays importateur et enfin, elles proviennent davantage des pays du Nord²⁹⁹. Au contraire, les *how-produced standard* n'imposent aucune contrainte aux États, ne pénalisent pas les acteurs économiques, et enfin les États exportateurs pourraient être amenés à modifier leurs propres standards afin de répondre à la demande. Ces mesures doivent-elles être considérées comme des PMP, lesquelles peuvent agir sur le comportement des

²⁹⁶ « Standard » est utilisé par Steve Charnovitz pour effectuer son classement. Il est ici utilisé selon le sens suivant: « to mean a product specification that is legally required ». *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.* à la p. 67.

²⁹⁸ *Ibid.* à la p. 68.

²⁹⁹ *Ibid.*, au pp. 68-69.

acteurs économiques et étatiques. Toutefois, on peut s'interroger sur l'effet véritable de cette classification. Si seules les mesures liées aux « standards » des produits sont à considérer comme des PMP, quel serait l'intérêt pour les États exportateurs et ses producteurs de se conformer s'il n'y a pas d'interdiction? L'incitation est-elle suffisante?

La section suivante a pour but de réaliser un diaporama des différentes décisions qui ont soulevé la question de la légalité des PMP³⁰⁰. Ancrées dans une approche fondamentalement économique, selon laquelle les produits ne sont observés que dans un rapport de concurrence, la nature des PMP retenue sera celle qui distingue les stades du cycle de vie d'un produit ayant des effets sur le marché, des autres. Autrement dit, la classification retenue des PMP s'appuiera sur la distinction entre les mesures liées et non liées au produit, c'est-à-dire au regard de ses effets sur le marché. Sans effet sur le marché, une PMP ne pourra être retenue comme fondement à la distinction des produits.

³⁰⁰ Sous le GATT : *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (Plainte du Mexique) (1991), GATT Doc. DS21/R - 39S/174 (Rapport non adopté) [*Thon/Dauphin I*]. *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, (Plainte de la CEE et des Pays-Bas) (1992), GATT Doc. DS29/R (Rapport non adopté) [*Thon/Dauphin II*]. *États-Unis – Taxes sur les automobiles* (Plainte de la CEE) (1994), GATT Doc. DS31/R (Rapport non adopté), au para. 3.51 [*EU – Taxes sur les automobiles*]; *États-Unis – Boissons Maltées*, *supra* note 162;

Sous l'OMC *États-unis – Essence nouvelle*, *supra* note 7. *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (Plainte du Japon, des Communautés européennes et des États – Unis) (1998), Doc. OMC WT/DS54, 55, 59, 64/R, Rapport du Groupe spécial [*Indonésie – Auto*]; *CE – Amiante*, *supra* note 192; Certains auteurs, comme Robert E. Hudec considère que la décision *Canada – Périodiques*, porte sur la question des PMP. La mesure créait une distinction entre les périodiques à tirage dédoublé importé et les périodiques à tirage non dédoublés nationaux. Toutefois, nous sommes d'avis que cette affaire ne traite pas de mesures liées aux PMP, avis que partage plusieurs auteurs comme Steve Charnovitz et Joel Trachtman. Nous ne discuterons donc pas dans cette section de cette affaire.

3.2 L'approche des procédés et moyens de production dans les décisions du GATT et de l'OMC

3.2.1 L'affaire *Thon/Dauphin I* : les origines de la *product/process doctrine*

Dans cette affaire, les États-Unis avaient imposé un embargo sur l'importation de thon et des produits issus de la transformation du thon en provenance du Mexique. L'embargo reposait sur l'application d'une loi américaine, la *Loi sur la protection des mammifères marins (MMPA)*³⁰¹, qui interdisait l'importation de poisson commercial ou de produits à base de poisson pris grâce à des techniques de pêche commerciale qui avaient pour effet accidentel de tuer ou de blesser gravement un nombre de mammifères marins supérieur aux normes fixées par les États-Unis³⁰². La loi fixait une limite de morts accidentels pour les thoniers américains ou pêchant dans ses eaux, et une autre limite pour les autres pays³⁰³. Or, le Mexique ne pouvant prouver que ses navires de pêche respectaient la réglementation américaine sur les méthodes de pêche, s'est vu imposer cet embargo. Il existait également une autre loi mettant en place une norme d'étiquetage pour tout produit à base de thon exporté des États-Unis ou mis en vente sur son territoire³⁰⁴. Selon cette loi, l'étiquetage devait rendre compte de la méthode de pêche, et notamment indiquer si celle-ci ne nuisait pas aux dauphins.

Pour le Mexique, la mesure était incompatible avec l'article III du *GATT de 1947*³⁰⁵. Il prétendait que cette mesure créait une catégorie hybride de produit, thon/dauphin, catégorie qui n'existait ni dans la « nature » ni dans la nomenclature

³⁰¹ États-Unis, *Loi de 1972 sur la protection des mammifères marins*, PL 92-522, 86 Stat 1027.

³⁰² En l'espèce, les mammifères marins visés étaient les dauphins, d'où le nom de l'affaire.

³⁰³ *Thon/Dauphin I*, *supra* note 300, au para. 2.6.

³⁰⁴ États-Unis, *Loi sur l'information du consommateur pour la protection des dauphins*, art. 901, Loi publique 101-627, 104 Stat. 4465-67, adoptée le 28 novembre 1990, codifiée en partie dans 16 U.S.C. 1685.

³⁰⁵ Le Mexique contestait également la réglementation américaine sur l'article XI. Arguant qu'elle représentait une restriction quantitative à l'importation de thon, l'article III n'était pas applicable en

tarifaire³⁰⁶. Or, étant donné que selon le Mexique, « une réglementation touchant un produit ne pouvait pas légalement établir de discrimination entre produits nationaux et produits importés en fonction uniquement du procédé de production, car cela était contraire à l'article III »³⁰⁷, les produits à base thon pêché de manière protectrice pour les dauphins et les autres étaient similaires.

Pour les États-Unis, cette mesure constituait une réglementation sur les méthodes de production du thon. Pour eux, si une méthode de production peut-être illégale, la vente du produit peut l'être également. La défense des États-Unis venait de faire naître la problématique visant à opposer produit et procédé.

La question fondamentale dans cette décision est celle de savoir si la légalité d'un tel embargo des États-Unis doit s'observer sous l'article III, ou sous l'article XI³⁰⁸ qui prohibe les restrictions non tarifaires. En effet, si la mesure tombe sous

l'espèce, et la mesure contraire à l'article XI. Toutefois, nous ne nous intéresserons ici qu'à la question touchant à la similarité des produits. *Thon/Dauphin, supra* note 300, au para. 3.10.

³⁰⁶ *Ibid.*, au para. 3.16

³⁰⁷ *Ibid.*; Cette position fut rappelée dans les avis des tierces parties de l'Australie et du Venezuela. Toutefois, les autres tierces parties, dont la CEE, la Norvège et le Canada, n'ont pas repris l'argument du Mexique sur la similarité. Il est intéressant de noter que le Venezuela a longuement repris cette position dans son avis. *Ibid.*, au para. 4.27.

Les mesures des États-Unis n'étaient pas des lois intérieures assujetties à l'article III (par le biais de la note interprétative se rapportant à cet article), car celui-ci ne couvrirait pas les lois interdisant l'importation d'un produit non pas d'après les caractéristiques de ce produit, mais d'après la méthode de production. Établir qu'un pays pouvait interdire la vente de produits d'origine nationale et de produits importés parce que leur production était nocive en prétextant que l'interdiction n'était pas discriminatoire, ouvrirait une sérieuse brèche dans l'Accord général. Toute nation aurait alors la faculté de justifier l'imposition unilatérale de ses propres normes dans le domaine social ou économique ou dans le domaine de l'emploi, en tant que critère d'acceptation des importations. Toute partie contractante influente pourrait dans la pratique réglementer l'environnement intérieur d'autres parties simplement en dressant des obstacles au commerce sur la base de politiques environnementales unilatérales.

³⁰⁸ *GATT de 1947, supra* note 2, art. XI :

l'article XI, ces mesures seront alors automatiquement illégales. Toutefois, sous l'article III, et plus particulièrement III:4, il faudrait démontrer que le traitement est moins favorable pour les produits importés que pour les produits similaires. Les conclusions du Groupe spécial vont s'attacher à démontrer que les mesures basées sur le processus de production ne sont pas couvertes par l'article III, excluant toutes considérations sur la similarité des produits en introduisant la notion de « mesures appliquées au produit en tant que tel », sans toutefois la définir³⁰⁹. Sa démonstration s'appuie sur une lecture des dispositions de l'article III qui, selon lui, ne fait référence qu'à des « produits » et ne s'applique qu'aux « lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits »³¹⁰[Ses soulignés]. De plus, le Groupe spécial va appuyer sa démonstration sur l'*Ad Article III* :

Toute taxe ou autre imposition intérieure ou toute loi, réglementation ou prescription visées au paragraphe premier, qui s'applique au produit importé comme au produit national similaire et qui est perçue ou imposée, dans le cas du produit importé, au moment ou au lieu de l'importation, n'en sera pas moins considérée comme une taxe ou autre imposition intérieure ou comme une loi, une réglementation ou une prescription visée au paragraphe premier et sera en conséquence soumise aux dispositions de l'article III³¹¹

Cet *Ad note* dispose donc que si une mesure est appliquée aussi bien aux produits importés qu'aux produits nationaux, alors elle peut être regardée sous l'angle de l'article III. Cette note sera interprétée comme visant uniquement les mesures

Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé.

³⁰⁹ Howse, Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288 à la p. 254.

³¹⁰ *Thon/Dauphin I*, *supra* note 300, au para. 5.12.

appliquées aux produits. Le Groupe spécial conclut donc que l'article III ne couvre que les mesures affectant les « produits en tant que tel »³¹². Cette interprétation mène à conclure qu'étant donné que la législation ne touchait pas directement la « vente » de thon, c'est-à-dire aux « produits à base de thon en tant que tel », elle n'était pas couverte par l'*Ad note*³¹³. Le Groupe spécial ajoute que même s'il était amené à considérer la loi comme régissant la vente de thon « en tant que produit », ces derniers seraient non distinguables en tant que produits. Cette conclusion du Groupe spécial a pour effet d'analyser les réglementations touchant aux procédés dans le cadre de l'article XI.

Cette analyse est appelée par Robert Hudec la « *product-process doctrine* »³¹⁴. Cette doctrine différencie les réglementations qui vont affecter les caractéristiques physiques des produits, et celles qui n'auront pas d'impact sur ces mêmes caractéristiques³¹⁵. Les premières amèneront à une analyse de la similarité des produits et à un examen de leur conformité avec l'article III, alors que les secondes seront d'office illégales. Cette lecture du Groupe spécial vient de sa notion de « produit en tant que tel ». L'analyse d'une réglementation dans le cadre de l'article III:4 ne s'effectue que face à des produits qui « affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation » des produits sur le marché intérieur. Autrement dit, le produit n'est observé que dans certaines phases de son cycle de vie réduit aux phases suivant la mise en vente. Ainsi, dans le cadre d'une restriction à l'importation, comme dans l'affaire *Thon/Dauphin I*³¹⁶ dont le rapport

³¹¹ *GATT de 1947*, *supra* note 2.

³¹² *Ibid.*, au para 5.14.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ Hudec, « Product-Process Doctrine », *supra* note 275.

³¹⁵ *Ibid.*, à la p. 191.

³¹⁶ Cette conclusion est également valable pour l'affaire *et Thon/Dauphin II*. Nous n'étudierons pas davantage cette affaire puisque les faits sont pratiquement identiques. La mesure en question est également une réglementation basée sur le processus de pêche du thon, et vise directement un État, ici, les Communautés européennes. Toutefois, les États-Unis ne soulèveront pas la défense relative à la

n'a pas été adopté, les réglementations touchant au processus de production n'affectent pas le produit en tant que tel, elles n'entraînent donc pas, selon le Groupe spécial, d'effets sur la vente et la consommation des produits. Mais il ajoute que, par conséquent, s'il n'existe pas d'autres éléments de distinction entre les produits, que les procédés et méthodes de production non liées au produit, ces derniers sont considérés *de facto* similaires³¹⁷.

L'interdiction prise par les États-Unis envers le Mexique semble entrer dans la catégorie des mesures définies par Steve Charnovitz comme *government policy standard*. Autrement dit, la mesure ne serait pas relative à un PMP, mais tout simplement un embargo, *de jure* illégal. Toutefois, l'approche du Groupe spécial dans cette décision oppose produit et processus. L'appel à la notion de « produit en tant que tel » afin de soutenir sa conclusion, à savoir que les produits seraient similaires, soulève plusieurs critiques, qui auraient été non pertinentes dans la cadre de la classification opérée par Charnovitz.

La première de nos critiques concerne la notion même de « produit en tant que tel ». Ce standard tel qu'il est utilisé dans cette affaire est complètement indéterminé, suggérant que son interprétation s'appuiera sur des éléments extra juridiques, et notamment la conception que ce fait les membres du Groupe spécial du principe de traitement national. Cette conception vient lier produit et traitement national à travers un rapport de concurrence qui gouverne la notion similarité.

La seconde critique concerne l'automaticité de la similarité des produits telle que déclarée par le Groupe spécial. Celle-ci surprend au regard notamment du critère des goûts et habitudes du consommateur qui aurait pu intervenir. Étant donné que le Groupe spécial concluait que l'article III n'était pas applicable, aucune précision n'est

différence des produits et se focaliseront sur les exceptions générales de l'article XX. *Thon/Dauphin II*, *supra* note 300.

donnée dans la décision sur l'analyse des critères. Toutefois, il vient quand même préciser que les produits sont similaires. Que pouvons-nous en conclure de cette analyse? On comprend bien ici que le Groupe spécial a conclu que ce critère des goûts et habitudes du consommateur ne pouvait « affecter la vente » des produits³¹⁸. Pourtant, la restriction à l'importation était accompagnée d'une autre loi obligeant les producteurs à indiquer si le thon était issu d'une pêche protectrice des dauphins ou non. Cette obligation aurait pu modifier le rapport des consommateurs face à la consommation de l'un ou de l'autre produit venant ainsi à les différencier. Dans ce sens, l'Australie, partie à la cause, avait soulevé le fait que pour le consommateur les boîtes de thon sur lesquelles est apposée une étiquette portant la mention « pêche sans risque pour les dauphins » n'étaient pas comparables à celles n'en portant pas. Et d'ajouter que « [l]e choix des consommateurs faisait que la mention inscrite sur l'étiquette influait sur les prix de détail; si les fabricants jugeaient la différence significative, ils pouvaient modifier leurs méthodes de production pour ce marché. »³¹⁹. Ainsi, si on accorde à cette législation sur l'étiquetage un quelconque effet sur le marché et sur le choix des consommateurs, les produits pourraient être différents. Toutefois, pour le Groupe spécial, la mesure ne pouvait affecter la vente. En l'espèce, le rejet de ce critère corrobore notre analyse³²⁰ selon laquelle l'analyse de la similarité doit observer ce critère dans un cadre exempt de toutes interférences étatiques. Autrement dit, on peut penser ici que la réglementation étatique n'est pas un élément de fait devant être pris en compte dans l'appréciation de ce critère, et qu'ainsi, les goûts et habitudes des consommateurs n'ont pas ou peu changé.

En résumé, la conception du principe de traitement national par les membres du Groupe spécial, dominée par un rapport de concurrence des produits, rejette l'impact

³¹⁷ *Thon/Dauphin I*, *supra* note 300, au para. 5.15.

³¹⁸ *Ibid.*, aux para. 5.9, 5.11 et 5.12.

³¹⁹ *Thon/Dauphin I*, *supra* note 300, au para. 4.6.

³²⁰ Voir chapitre II, section 2.3.2.3.

de la mesure dans les PMP non liés au produit. Les différents stades du cycle de vie correspondant aux PMP sont exclus de l'analyse de la similarité par une conception du marché dans lequel l'intervention de l'État doit être minimaliste. Toutefois, dans ces deux affaires, les mesures n'étaient pas neutres quant à l'origine du produit. Elles visaient des pays précis. Qu'en est-il des mesures neutres quant à l'origine? Quelle conséquence sur l'examen de la similarité et sur la notion de « produit en tant que tel »? Cette problématique se rencontre dans les autres décisions du GATT et de l'OMC concernant les mesures liées aux procédés et méthodes de production.

3.2.2 Les décisions subséquentes : un rejet des procédés et méthodes de production fondé sur les caractéristiques du producteur

Sous le GATT, deux autres décisions concernant les PMP ont été rendues, dont une seule fut adoptée³²¹. Sous l'OMC, trois autres affaires ont eu trait à la question des PMP, *États-Unis – Essences nouvelles*, *Indonésie – Autos* et *CE - Amiante*³²². Toutes ont trait à des mesures fondant des distinctions au regard des caractéristiques du producteur et seront rejetées au titre de l'article III après examen de la similarité des produits.

3.2.2.1 L'affaire *États-Unis – Boissons maltées*

Dans l'affaire *États-Unis – Boissons maltées*, plusieurs législations fiscales des États américains étaient contestées par le Canada. Certaines accordaient des crédits de droits d'accise³²³ basés sur le volume de production pour les brasseries américaines.

³²¹ Seul le rapport suite à la décision *États-Unis – Boissons maltées*, fut adopté. *Supra* note 201; L'affaire *Thon/Dauphin II* a été abordée précédemment sous la note de bas de page 311.

³²² Nous n'aborderons dans cette section la décision *CE- Amiante*. Elle sera traitée en dernière section de ce chapitre.

³²³ *États-Unis – Boissons maltées*, *supra* note 201, au para 2.7.

En l'espèce, la législation du Minnesota accordait un même crédit de droit d'accise aux petites brasseries canadiennes importatrices qu'aux petites brasseries locales. La distinction portait entre petites brasseries et grandes brasseries. Le Canada contestait cette législation prétendant que les grandes brasseries canadiennes étaient traitées moins favorablement que les brasseries du Minnesota, et que les bières produites par les grandes et les petites brasseries étaient similaires. En l'espèce, la situation était relativement comparable à *Thon/Dauphin I*. Il s'agit d'une réglementation qui vient créer différentes charges selon un critère qui n'a rien à voir avec les caractéristiques du produit. Autrement dit, il s'agit d'une mesure basée sur le processus de production, s'attachant aux caractéristiques du producteur et non liée au produit. Toutefois, en l'espèce, la mesure n'étant pas une restriction quantitative, l'article XI ne pourrait s'appliquer.

Dans ce cas, et contrairement à l'affaire *Thon/Dauphin*, cette mesure sera analysée au regard de l'article III du *GATT* de 1947 venant ainsi apporter une précision à la doctrine, à savoir que les mesures basées sur le processus de production appliquées aussi bien aux produits nationaux qu'aux produits importés, ne sont pas *prima facie* illégales en vertu de l'article XI. Elles doivent s'analyser dans le cadre du traitement national (article III), et donc suivre le test de similarité. Ainsi, suivant ce raisonnement, l'application aux produits locaux de cette réglementation a eu pour effet de protéger la réglementation d'une éventuelle accusation de protectionnisme déguisé. Cette mesure se trouvant ainsi dans une meilleure situation que celles du type que l'on retrouve dans *Thon/Dauphin*³²⁴. En l'absence de toutes contestations sur

La Loi de finances rectificative générale de 1990 ("la Loi") prévoit le relèvement du droit d'accise sur la bière, qui est porté de 9 à 18 dollars par baril, mais le maintien du taux réduit à 7 dollars par baril pour les 60 000 premiers barils provenant des brasseries des États-Unis dont la production annuelle ne dépasse pas 2 millions de barils. Ce taux réduit ne s'applique pas aux bières importées.

³²⁴ Howse, Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 309, à la p. 256

la question de la similarité des produits, le Groupe spécial conclu que la bière produite par de petites brasseries et celle produite par de grandes basseries étaient similaires. Le crédit d'accise était donc contraire à l'article III:2³²⁵.

3.2.2.2 L'affaire *États-Unis – Taxes sur les automobiles*

Dans cette affaire le Groupe spécial va longuement motiver sa décision de rejeter les PMP non liées au produit, mais relatives aux caractéristiques du producteur. Même si ce cas avait été analysé dans l'affaire *États-Unis – Boissons maltées*, le fait que le Groupe spécial nous livre sa plus importante justification de la *product-process doctrine* mérite de s'arrêter un peu plus longuement sur cette décision.

En l'espèce, trois mesures sur les automobiles appliquées par les États-Unis étaient contestées devant le Groupe spécial : la taxe de luxe sur les automobiles, ou taxe de luxe, la taxe sur les automobiles grosses consommatrices de carburant, ou taxe de grosse consommation, et la loi sur la consommation moyenne de carburant des automobiles de chaque fabricant, appelée CAFE. C'est sur cette dernière que nous insisterons ici puisqu'elle s'intéresse à la similarité des produits. D'après la réglementation CAFE, le rendement moyen des automobiles particulières fabriquées aux États-Unis ou vendues aux importateurs ne devait pas être inférieur à 27,5 mille par gallon. Les sociétés qui étaient à la fois des importateurs et des fabricants nationaux devaient calculer séparément le rendement moyen des voitures particulières importées et de celles qui étaient fabriquées aux États-Unis³²⁶. Pour la Communauté européenne, cette loi violait l'article III:4 parce qu'elle était basée sur un calcul du rendement moyen qui pénalisait les importateurs européens et traitait

³²⁵ *États-Unis – Boissons maltées*, *supra* note 201, au para. 5.19.

³²⁶ *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, *supra* note 300, aux para. 2.14-15

donc les producteurs nationaux et étrangers différemment³²⁷. Pour le Groupe spécial, cette méthode de calcul était une mesure liée au PMP :

Le Groupe spécial a noté que, conformément à la méthode de calcul de la moyenne prévue par la réglementation CAFE, les grosses voitures pouvaient, dans certaines circonstances, être combinées avec les petites voitures afin de satisfaire à la prescription CAFE. Dans d'autres circonstances, les grosses voitures similaires ne pouvaient pas être combinées avec les petites voitures. De ce fait, une grosse voiture importée qui ne pouvait pas être combinée avec une petite voiture était soumise à un traitement moins favorable que celui qui était accordé à une grosse voiture similaire d'origine nationale qui pouvait l'être. Le Groupe spécial a noté que la différence de traitement à laquelle conduisait la méthode de calcul de la moyenne dépendait de plusieurs facteurs qui n'étaient pas directement liés au produit en tant que tel, notamment les liens du fabricant/importateur du point de vue de la propriété et du contrôle des sociétés.³²⁸

la question [est] de savoir si l'article III autorisait l'application aux produits importés de mesures applicables aux produits nationaux qui les différenciaient suivant les liens des fabricants ou importateurs du point de vue de la propriété ou du contrôle des sociétés, étant donné que c'était en fonction de cet élément qu'étaient déterminés les produits devant entrer dans le calcul de la moyenne conformément à l'obligation de calculer la moyenne pour chaque flotte.³²⁹

Étant donné que les taxes en vertu de la CAFE étaient imposées sur le territoire, il s'agit de mesures internes, soumises à l'article III, et non de restrictions quantitatives soumises à l'article XI. La mesure devait donc être soumise au test de similarité pour convenir de la légalité de la réglementation. De la même manière que dans *Thon/Dauphin I*, le Groupe spécial énuméra toutes les dispositions de l'article III qui utilisaient le mot « produit ». Puis, sur la base que l'article III:4 ne se référait qu'uniquement aux « lois, règlements ou prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de produits sur le marché

³²⁷ *Ibid.*, au para. 3.272.

³²⁸ *Ibid.*, au para. 5.50.

³²⁹ *Ibid.*, au para. 5.51.

intérieur », le Groupe spécial dit que « ces activités avaient un rapport avec le produit en tant que tel, depuis sa mise sur le marché jusqu'à sa consommation finale. Elles n'avaient pas de rapport direct avec le producteur »³³⁰. Par cette motivation, le Groupe spécial esquivait le test de similarité, étant donné que l'article III ne couvre que les « produits en tant que tels » c'est-à-dire ceux que le marché reconnaît, toutes interventions avant la mise sur le marché n'intervenant pas dans l'examen de la similarité. Les produits sont donc *prima facie* similaires, faisant porter l'examen de l'article III:4 uniquement sur la question du traitement moins favorable. Ainsi, selon cette analyse, l'article III couvre les mesures liées aux PMP. Toutefois, cette analyse suppose que l'article III ne vient pas interdire les mesures intérieures basées sur les PMP. Elle vient seulement en limiter leur application sur les produits importés³³¹. Le Groupe spécial motive ainsi son analyse :

Le Groupe spécial a estimé que cette limitation de la gamme de mesures intérieures qui pouvaient être également appliquées aux produits importés reflétait l'un des objectifs fondamentaux de l'article III: assurer la sécurité des consolidations tarifaires. On ne saurait attendre des parties contractantes qu'elles négocient des engagements tarifaires si ces derniers pouvaient être vidés de leur substance du fait de mesures qui affectaient des produits importés faisant l'objet d'engagements tarifaires et qui étaient appliquées en raison de facteurs qui n'avaient pas de rapport avec les produits en tant que tels.³³²

Le principal apport de cette motivation est de concevoir l'article III comme une disposition d'autorisation, dans le sens où elle donne un droit général aux produits étrangers d'accès aux marchés étrangers, et que ce droit d'accès ne peut pas être limité par des réglementations étatiques. Cette compréhension est différente de celle de Howse et Regan, selon lesquels l'article III n'est pas une disposition d'autorisation, mais de prohibition, dans le sens où, il crée un droit négatif, c'est-à-

³³⁰ *Ibid.*, au para. 5.52.

³³¹ *Ibid.*, au para. 5.53.

³³² *Ibid.*

dire que l'accès ne doit pas être restreint par des mesures discriminatoires³³³. Toutefois, les décisions suivantes sous l'OMC vont reprendre cette argumentation visant à accroître l'accès aux marchés et à réduire les facteurs de limitation de cet accès que l'on retrouve dans les réglementations nationales. Les rapports subséquents sous l'OMC confirmeront cette analyse en lui donnant plus de force puisque les rapports seront confirmés.

Dans *États-Unis - Essence nouvelle*, la contestation portait sur une réglementation qui différenciait les produits selon les caractéristiques du producteur³³⁴. Rappelant le rapport dans la décision *États-Unis – Boissons maltées*, le Groupe spécial écrit que la distinction

tenait à certaines différences dans les caractéristiques des raffineurs, mélangeurs et importateurs et la nature des données qu'ils détenaient. Toutefois, l'article III:4 de l'Accord général porte sur le traitement à accorder aux produits similaires; son libellé n'autorise pas un traitement moins favorable en fonction des caractéristiques du producteur et de la nature des données qu'il détient.³³⁵

Plus généralement, le Groupe spécial, spécifia que suivant cette mesure

le traitement des produits importés et des produits nationaux concernés ne pouvait plus être assuré sur la base objective de leur similitude en tant que produits, mais que les produits importés seraient à la merci d'un traitement très subjectif et variable subordonné à des facteurs extrinsèques. Cela rendrait par conséquent très instables et incertaines les conditions de la concurrence entre

³³³ Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288, à la p. 257.

³³⁴ Dans cette affaire, la réglementation imposait des contraintes différentes selon la qualité de l'essence. La question ici ne porte toutefois pas sur la possibilité de traiter différemment deux types d'essence, à savoir ici, une essence considérée comme très polluante, et une autre moins polluante. La question concernait avant tout le fait de savoir si on pouvait faire porter cette distinction sur les caractéristiques des producteurs puisqu'elle se basait sur la production d'essence des raffineries américaines et celles exportant leur essence aux États-Unis. *États-Unis – Essence nouvelle*, *supra* note 7, au para. 3.272.

³³⁵ *Ibid.*, au para 6.11.

les produits nationaux et les produits importés d'une manière totalement incompatible avec l'objet et le but de l'article III.³³⁶

Enfin, dans l'affaire *Indonésie – Auto*, les Communautés européennes et les États-Unis contestaient des réglementations indonésiennes qui offraient des avantages fiscaux aux voitures et aux pièces détachées produites sur son territoire. Ces réglementations introduisaient une distinction des produits fondée sur des facteurs comme la nationalité du producteur ou l'origine des parties et pièces détachées incorporées dans les produits³³⁷. Dans cette affaire, le Groupe spécial n'a pas fait appel à sa notion de « produit en tant que tel ». Pour la première fois dans le cadre d'une mesure liée aux procédés et méthodes de production, le test de similarité a été réalisé au regard des critères définis dans le *Rapport BTA*³³⁸. Toutefois, le fait qu'aucune défense n'avait portée sur ce point et que la différence ne résidait qu'en des facteurs liés à l'origine des pièces, aucune analyse ne fut apportée dans le cadre du test de similarité.

Ce panorama des décisions du GATT et de l'OMC indique un net rejet des mesures liées aux procédés et méthodes de production non liés aux produits, que cela soit au regard de l'origine ou des caractéristiques des producteurs. Cette constatation conduit à limiter l'intervention des États voulant distinguer des produits quant à leurs procédés et méthodes de production dans les seuls stades allant de la mise en vente des produits et à leur consommation. Cette interprétation de la similarité est motivée par l'observation des produits dans un seul rapport de concurrence. Ainsi, les éléments factuels pris en compte lors du test de similarité ne s'attacheront qu'à rechercher les similitudes et différences des produits dans un contexte économique. Tout autre contexte, comme les différences portant sur les caractères physiques issus

³³⁶ *Ibid.*, au para. 6.12. Il est important de noter que cette question n'a pas fait l'objet d'un examen en appel.

³³⁷ *Indonésie – Auto*, *supra* note 300, au para. 14.113.

des PMP, étant de fait relégué aux stades de la production, ils ne pourront pas influencer sur les critères du test de similarité. Ce panorama du *corpus* jurisprudentiel des décisions portant les PMP³³⁹ nous montre que le rejet des PMP se fonde sur une conception du traitement national fondamentalement économique. En effet, les restrictions imposées aux États se fondent sur le concept indéterminé de « produit », dont l'absence de définition semble indiquer que des éléments extra juridiques ont guidé son interprétation. Les différents groupes spéciaux et l'Organe d'appel, loin de nous définir ce concept, vont tous s'entendre pour dire que ce concept ne peut s'observer que dans un schème allant de la mise en vente à la consommation. De cette « déduction » découle l'idée que les seuls éléments affectant ces stades, c'est-à-dire le marché, sont à prendre en compte dans l'étude de la similarité des produits. Autrement dit, les éléments factuels sont ceux que le marché reconnaît, renvoyant les autres types d'arguments dans le champ d'étude des exceptions générales. Ce renvoi découle d'une conception du principe de traitement national comme édictant une autorisation générale d'accès au marché des produits. Or, plusieurs décisions de groupes spéciaux, comme nous le verrons dans la section suivante, ont contesté cette interprétation. Certains ont ainsi cherché à lier la similarité des produits non plus seulement à un contexte purement économique, mais également au contexte des buts et effets des mesures étatiques, en souhaitant passer d'une conception de « *free trade* » à « *fair trade* »³⁴⁰ du commerce international, dans lequel l'action de l'État est conciliée aux intérêts du strict marché.

³³⁸ *Ibid.*, au para. 14.109.

³³⁹ Nous précisons de nouveau que l'analyse à ce stade ne tient pas compte de la décision *CE – Amiante*.

³⁴⁰ Steve Chamovitz, « Free Trade, Fair Trade, Green Trade : Deffogging the Debate » (1994) 27 *Cornell Int'l L J* 459, à la p. 486.

3.3 Les procédés et méthodes de production et l'observation des « buts et effets » : une tentative vers l'inclusion de la dissimilitude des produits

Face à cette approche économique de la similarité, plusieurs auteurs dont Frieder Roessler et Robert E. Hudec vont développer une approche basée sur un test des « buts et effets ». Cette interprétation de la clause de traitement national se fonde sur plusieurs rapports de groupes spéciaux, qui seront rejetés par deux fois par l'Organe d'appel³⁴¹. Elle s'oppose à une approche essentiellement économique qui se résume à dire que « deux produits doivent être considérés comme différents si le marché les considère comme différents »³⁴² et ouvre la porte à la prise en compte de mesures basées sur les PMP non liés au produit³⁴³. Nous verrons dans un premier temps la jurisprudence concernant ce test et ces effets sur les réglementations liées au PMP des produits, puis dans une seconde section nous tenterons de démontrer le caractère politique de ce rejet.

3.3.1 Le test des « buts et effets » dans la jurisprudence du GATT/OMC

En 1992, cette nouvelle approche de la détermination de la similarité basée sur le test des buts et effets fut formulée dans l'affaire *États-Unis – Boissons Maltées*³⁴⁴. Comme nous l'avons dit en section précédente, cette affaire concerne un grand nombre de législations fiscales américaines. Celle qui a trait à notre analyse concerne les restrictions faites par certains États américains concernant les points de vente, la distribution et l'étiquetage appliquées à la bière ayant une teneur en alcool plus

³⁴¹ *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 174; *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, (1997) OMC Doc. DS27/A/R (Rapport du Groupe spécial).

³⁴² Frieder Roessler, « Beyond the Ostensible: A Tribute to Professor Robert Hudec's Insights on the determination of the likeness of product under the national treatment provisions of the GATT » (2003) 37:4 *Journal of World Trade* 771 à la p. 773. [Notre traduction]

³⁴³ Voir par ex., Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152, à la p. 89; Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288; Catherine Archibald, « Forbidden by the WTO? Discrimination Against a Product When Its Creation Causes Harm to the Environment and Animal Welfare » (2008) 48 *Natural Resource Journal* 15, à la p. 21.

³⁴⁴ *États-Unis – Boissons Maltées*, *supra* note 162.

forte³⁴⁵. Ces mesures distinguaient entre bière à faible teneur en alcool et bière à forte teneur en alcool. Le Canada arguait que ces restrictions étaient contraires aux dispositions de l'article III:4 créant une discrimination avec ses propres bières importées. Il fallait donc déterminer si les bières à faible teneur en alcool étaient similaires à celle en forte teneur en alcool. Plutôt que d'utiliser les seuls critères traditionnels, le Groupe spécial analysa si la distinction avait pour but de protéger les producteurs de ces États.

L'article III n'avait donc pas pour objet d'empêcher les parties contractantes de faire usage de leurs pouvoirs fiscaux et réglementaires à des fins autres que la protection de la production nationale. En particulier, il ne s'agissait pas d'empêcher les parties contractantes de faire une distinction entre différentes catégories de produits à des fins non liées à la protection de la production nationale. Le Groupe spécial a considéré que pour interpréter l'expression "produits similaires" figurant dans l'article III il fallait tenir compte de l'objectif limité de cet article. Ainsi, pour déterminer si deux produits soumis à un traitement différent étaient des produits similaires, il était nécessaire de savoir si la distinction entre les produits était effectuée "de manière à protéger la production nationale". Si dans l'analyse des "produits similaires" au sens de l'article III:2 il fallait prendre en considération cet objectif de l'article III, le Groupe spécial tenait à souligner que cette analyse serait sans préjudice du concept de "produits similaires" repris dans d'autres dispositions de l'Accord général, dont les objectifs pouvaient être différents et qu'il fallait donc peut-être interpréter de manière différente³⁴⁶.

De même, lorsque le Groupe spécial se pencha sur la restriction en matière de point de vente pour certaines bières dépassant un degré d'alcool, il du trancher la question de la similarité dans le cadre de l'article III:4. Il déclara :

Le Groupe spécial a reconnu que le fait de traiter des produits importés et des produits nationaux comme des produits similaires au titre de l'article III pouvait

³⁴⁵ Le degré d'alcool distinguant entre bière à forte teneur en alcool et faible teneur était différent entre les États, mais varié entre 3.2% et 5%. Voir *ibid.*, au para. 5.70.

³⁴⁶ *Ibid.*, au para. 5.25.

avoir des conséquences significatives sur le champ des obligations découlant de l'Accord général et l'autonomie des parties contractantes en matière de réglementation pour ce qui est des législations et réglementations fiscales intérieures: dès lors que des produits étaient considérés comme similaires, toute différenciation établie entre ces produits par la réglementation, par exemple à des fins de normalisation ou de protection de l'environnement, devenait incompatible avec l'article III, même si la réglementation n'était pas appliquée "de manière à protéger la production nationale". De l'avis du Groupe spécial, il était donc impératif que la détermination concernant les produits similaires dans le contexte de l'article III se fasse d'une façon qui n'entrave pas indûment le pouvoir réglementaire et les choix de politique intérieure des parties contractantes. Il a rappelé ce qu'il avait déjà dit, à savoir qu'une détermination relative aux produits similaires en vertu de l'article III ne préjugait pas des déterminations en la matière faites au titre d'autres articles de l'Accord général ou dans d'autres contextes législatifs.³⁴⁷

Le Groupe spécial reconnu que sur la base des caractéristiques physiques, les bières avec une faible teneur en alcool et les bières plus fortes étaient similaires. Toutefois, il étudia ensuite si cette différenciation de traitement était telle qu'elle avait pour effet de protéger la production nationale. Rappelant que la mesure touchait autant les producteurs canadiens et américains, le Groupe spécial étudia les objectifs et le contexte de la mesure. Notant que : « les déclarations des parties et l'historique des lois donnaient à penser que la teneur en alcool de la bière n'avait pas été utilisée comme moyen de favoriser les producteurs nationaux par rapport aux producteurs étrangers »³⁴⁸, il conclut que les deux produits n'étaient pas similaires au regard de l'objet et du contexte de la réglementation.

L'inclusion d'un test des buts et effets dans l'analyse de la similarité sous les articles III:4³⁴⁹ et III:2³⁵⁰, première phrase, vient ainsi contester une conception

³⁴⁷ *Ibid.* au para. 5.72.

³⁴⁸ *Ibid.*, au para 5.74.

³⁴⁹ Dans cette décision, le Groupe spécial arriva à la conclusion, pour l'examen de la similarité dans le cadre de l'article III:4. Le groupe spécial a décidé que, comme la teneur en alcool n'avait pas été un moyen choisi pour privilégier les producteurs nationaux au détriment des producteurs étrangers, les deux types de bière ne devaient pas être réputées « similaires ».

fondamentalement économique du principe de traitement national, laquelle venant limiter l'intervention de l'État. Autrement dit, cette conception fondamentalement économique participe à la distinction de la sphère publique et de la sphère privée dans le cadre du commerce international des produits. Ce test sera de nouveau mis en œuvre dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur les automobiles*³⁵¹ puis dans le cadre de l'OMC dans le rapport d'un Groupe spécial³⁵² avant d'être clairement rejeté à deux reprises par l'Organe sur la base d'une interprétation strictement textuelle des dispositions de l'article III. Même si l'analyse précise de l'argumentation de l'Organe d'appel sera faite dans la section suivante, précisons qu'il estime dans la décision *Japon – Boissons alcooliques II*, que le fait que l'article III:2, première phrase et l'article III:2, seconde phrase soient différents, et que la première phrase ne fasse pas référence à l'article III:1 (et donc à la clause «de manière à protéger») a «certainement un sens»³⁵³. Ce sens, pour l'Organe d'appel, découle d'une conclusion logique à cette interprétation venant affirmer que cette clause ne fait pas partie des éléments d'étude de la similarité. Cette interprétation textuelle venait ainsi contredire le Groupe spécial dans la décision *États-Unis – Boissons Maltées*. À peine un an plus tard, l'Organe d'appel devait réaffirmer son rejet du test dans une affaire où un groupe spécial s'était rangé derrière une conception mixte du traitement national. Dans l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, l'Organe d'appel, suivant le même raisonnement que dans *Japon – Boissons alcooliques II*, contredit le rapport du

³⁵⁰ Le test fut également utilisé dans la même affaire concernant une taxe qui distinguait des vins selon la variété de raisins utilisée. Le Groupe spécial conclura que l'imposition de la taxe avait pour but de protéger la production locale au détriment de la production étrangère et donc que les deux types de vins étaient similaires. *Ibid.*, au para. 5.26

³⁵¹ *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, *supra* note 300, au para. 3.81.

³⁵² *CE – Bananes III*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 341.

³⁵³ *Japon – Boissons alcooliques*, *supra* note 174, à la p. 23.

Groupe spécial³⁵⁴. Ce dernier avait de nouveau utilisé le test des buts et effets dans l'examen du test de similarité³⁵⁵.

Ce rejet qui vient réaffirmer l'approche strictement économique de la similarité des produits a été critiqué par plusieurs auteurs³⁵⁶. Ces critiques ont cherché à démontrer que le champ conceptuel de l'analyse de la similarité doit se déterminer au regard d'un rapport de concurrence entre les produits et à la lumière de l'article III.1. Autrement dit, selon ces derniers il faut introduire dans l'analyse de la similarité, fondée sur un rapport de concurrence, une approche « des buts et effets » distincte d'une seule approche économique, permettant alors l'inclusion de différences basées sur le processus de production des produits. C'est cette distinction qui différencie alors une approche entre le « *fair trade* » et le « *free trade* », la première maintenant au profit de l'État une autonomie concernant la question environnementale en permettant une analyse non plus seulement au regard du produit, mais de son processus.

La conséquence d'une approche fondamentalement basée sur le seul marché est que deux produits sont similaires si et seulement si le marché les considère comme similaires. Or, selon Roessler, l'État doit combler les *market failures*, c'est-à-dire que l'État doit opérer des distinctions que le marché ne fait pas. Ainsi, lorsqu'un État établit une distinction que le marché ne fait pas, par exemple entre le bois issu du développement durable et le bois non issu du développement durable ou d'une

³⁵⁴ *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, (1997) OMC Doc. DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Bananes III*]. Le même raisonnement doit être appliqué à l'interprétation de l'article III:4. « L'article III:4 ne renvoie pas expressément à l'article III:1. En conséquence, pour déterminer s'il y a eu violation de l'article III:4 il n'est pas nécessaire d'examiner séparément si une mesure "[protège] la production nationale" ». (*Ibid.* au para. 216)

³⁵⁵ *CE – Bananes III*, Rapport du Groupe spécial, *ibid.*

³⁵⁶ Voir par ex., Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152, à la p. 89; Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288; Archibald, « Forbidden by the WTO? », *supra* note 343; Peel « Confusing Product », *supra* note 291.

origine incertaine, cette distinction ne peut pas être prise en compte dans une analyse de la similarité focalisée sur le marché. L'examen de cette distinction étant renvoyé à l'article XX du *GATT de 1947* sur les exceptions générales, l'article III est donc perçu par l'Organe d'appel comme étant une disposition d'autorisation qui découle de l'idée générale que le GATT vient créer un droit général d'accès sur le marché des produits étrangers. Comme nous l'avons vu, cette approche vient fortement contraindre les réglementations non protectionnistes, les PMP non liés au produit étant perçus comme des atteintes aux droits des pays exportateurs. Autrement dit, cette conception appuie l'idée générale que ces mesures ont des visées impérialistes³⁵⁷. Toutefois, pour certains auteurs comme Howse et Regan, ainsi que pour Roessler, le GATT énonce plutôt un « droit négatif »³⁵⁸ selon lequel l'accès ne devrait pas être restreint par des mesures discriminatoires³⁵⁹. Cette conception, selon ces derniers, n'est pas impérialiste ou ne constitue pas une atteinte à la souveraineté

³⁵⁷ Damien Geradin, « Libéralisation, dérégulation et politique environnementale: chocs des valeurs ou complémentarité? » dans Michel Pâques et Michaël Faure, dir., *La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne: acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 195, à la p. 206; OMC. *Déclaration ministérielle*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 4^{ème} sess., Doha, 14 novembre, au para. 1.

³⁵⁸ Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288 à la p. 257. « a negative right ».

³⁵⁹ Cette analyse s'appuie sur deux technicalités. La première est que l'article XX été rédigé dans le but de dresser une liste de politiques (*policies*) dont « l'objectif requiert l'application de mesures discriminatoires envers des biens d'origine étrangère ou destinés à l'exportation ». Ainsi, pour lui, cette liste fait en sorte que les politiques non incluses dans cette liste, c'est-à-dire les « politiques non protectionnistes » et celles établissant des « distinction entre équivalents commerciaux » ne devaient pas requérir l'appel de l'article XX pour être justifiées. Cette analyse est confirmée selon Roessler par l'analogie qui peut être faite entre le *GATT de 1947* et l'*Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce*. Dans cet accord on trouve l'article 2.1 semblable à l'article III, mais pas d'exceptions générales du type de l'article XX. Ainsi, l'examen de la similarité dans l'article 2.1 de l'*Accord OTC* doit forcément inclure dans son champ conceptuel les distinctions faites dans le cadre de « politiques légitimes » comme celles indiquées dans le préambule de l'*Accord OTC*. Ce préambule dispose que « rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires [...] à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement ». Donc, si on applique l'analogie de Roessler, l'analyse de la similarité dans le cadre de l'article III.4 devrait prendre en compte les politiques légitimes des États. Ces politiques, qui diffèrent de celles énoncées à l'article XX, seraient déterminées au regard du préambule du *GATT de 1994* comme celles visant « l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement ». Roessler, *supra* note 341 aux pp. 778-79.

des États exportateurs, mais relève d'une volonté d'influencer les comportements étrangers³⁶⁰. Pour autant, cette approche ne vient pas exclure de l'analyse de la similarité l'examen de l'objectif de la politique, imposant ainsi aux États de « hauts standards » pour justifier que leurs réglementations sont neutres quant à l'origine uniquement, car elles « sont coupables d'avoir transgressé certaines notions abstraites de la similarité »³⁶¹.

Une autre conséquence de cette approche de l'Organe d'appel est de laisser au marché le soin de catégoriser les produits. En effet, Roessler oppose deux catégorisations, celle faite par une réglementation à partir d'une catégorisation abstraite et celle effectuée par le marché³⁶². Par exemple, un stylo dont l'encre est toxique pourrait tomber dans la catégorie des biens non recyclables et tomber sous le coup d'une taxe écologique, ou dans la catégorie des biens dangereux et être frappé d'une interdiction de vente. Si l'on se réfère au seul marché, ces stylos seront considérés comme deux objets identiques s'échangeant l'un avec l'autre. Selon l'approche fondamentalement économique de la similarité, notre réglementation tomberait ici sous le coup de l'article III comme nous avons pu le montrer dans les sections précédentes. En effet, le marché ne s'intéresse pas à comparer deux catégories abstraites, comme celle des produits toxiques et celle des produits non recyclables. Il va se demander simplement quelles utilisations sont faites des stylos plutôt que de se demander quel traitement est réservé aux produits toxiques ou aux biens non recyclables. Cette approche reprend la distinction des PMP proposée par Steve Charnovitz,³⁶³ mais qui a été rejetée par les différents groupes spéciaux

³⁶⁰ Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288 à la p. 277.

³⁶¹ Robert E. Hudec, « GATT/WTO Constraints on National Regulation: A Requiem for an "An Aim and Effect" Test », dans Robert E. Hudec, dir., *Essays on the Nature of International Trade Law*, Londres, Cameron May, 1999, 359, à la p. 367 [Hudec, « A Requiem for an "An Aim and Effect" Test »].

³⁶² Roessler, *supra* note 341 à la p. 779.

³⁶³ Voir Section 1 du présent chapitre.

3.3.2 Une interprétation politique de l'Organe d'appel?

Le rejet à deux reprises de ce test par l'Organe d'appel fut motivé sur la base d'une interprétation strictement textuelle des dispositions de l'article III. Comme nous venons de le voir, pour l'Organe d'appel, la structure de l'article III, laquelle sépare l'article III:1 des autres dispositions, justifie cette interprétation. Elle vient affirmer que l'article III:1 et sa clause visant les objectifs des réglementations nationales ne font pas partie des éléments d'études de la similarité. Par cette décision, l'Organe d'appel décidait de se ranger du côté d'une conception fondamentalement économique du principe de traitement national contredisant ainsi l'interprétation de plusieurs groupes spéciaux. Dans chacune des décisions retenant le test des buts et effets, l'approche retenue est tirée d'une interprétation téléologique³⁶⁴ de la clause de traitement national. Cette interprétation des groupes spéciaux ne reprenait ni l'interprétation textuelle utilisée dans le cadre des mesures PMP, ni celle rejetant le test des buts et effets, lesquelles conduisaient à édicter une autorisation générale d'accès au marché.

Cette contradiction découle de l'article 31 et 32 de la *Convention de Vienne*³⁶⁵, qui donne la possibilité à un organe juridictionnel de choisir entre deux méthodes d'interprétation. La première, dite textuelle, est privilégiée et doit s'utiliser « si l'on juge que les termes à analyser sont clairs ». La seconde méthode, dite téléologique, est alternative et peut être choisie « si l'on croit que le sens des termes n'est pas clair »³⁶⁶. Elle consiste en l'analyse du contexte. Ces deux méthodes d'interprétation issues du formalisme juridique, lequel affirme que l'interprétation de la règle de droit par le juge découle d'une interprétation déductive³⁶⁷. Lors de l'analyse de notre cadre théorique, nous avons mis en exergue la critique réaliste du principe de déduction qui

³⁶⁴ Sur l'interprétation téléologique voir, *supra* note 151.

³⁶⁵ *Convention de Vienne*, *supra* note 213 art. 31, 32.

³⁶⁶ Bachand, *Thèse*, *supra* note 32, à la p. 194.

³⁶⁷ Voir Chapitre I. Cadre théorique.

prévaut dans le formalisme juridique. Pour les réalistes qui contestaient cette idée, l'interprétation donnait plus de place à l'usage par le juge de son pouvoir discrétionnaire, de sorte que ces préférences politiques et idéologiques prévalaient sur les règles³⁶⁸. Ainsi, la référence à la notion de « termes clairs » dans l'interprétation textuelle est inutile lorsque les termes renvoient à des concepts indéterminés, ou que leur interprétation nécessite l'usage de concepts également indéterminés. Lorsque les parties ne trouvent pas d'accord sur la définition de ces termes, seule la prise de position de l'interprète peut renseigner sur leur signification. De la même manière, l'interprétation téléologique appelle à l'analyse du contexte et demande donc l'examen du but et de l'objet du texte. Or, en l'absence de dispositions claires, il faut que l'interprète prenne position dans sa définition. Doit-il observer le contexte dans le cadre de l'alinéa, de la disposition, de l'article ou du traité dans son ensemble³⁶⁹?

Ainsi, si l'on regarde les dispositions de l'article III, on peut observer que les termes et expressions utilisées, comme « produits similaires », ou « produits directement concurrents et substituables » sont fortement indéterminés et qu'il n'existe pas de consensus sur leur définition. L'interprétation ne peut donc pas se limiter à une interprétation textuelle. De même, l'approche téléologique ne suffit pas non plus, puisque d'une part, la structure du langage empêche de connaître toutes les issues possibles au moment de la formulation des règles³⁷⁰. D'autre part, la volonté commune des parties est soit inexistante, soit impossible à trouver³⁷¹. Ainsi, le choix

³⁶⁸ Voir Chapitre I, section 1.3.2.

³⁶⁹ Bachand, « Thèse », *supra* note 32, à la p. 242.

³⁷⁰ Herbert Hart, *Le concept de droit*, *supra* note 109.

³⁷¹ Rémi Bachand, « L'interprétation en droit international : une analyse par les contraintes », Société européenne de droit international, 2007, à la p. 1, en ligne : esil-sedi.eu [http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Bachand.PDF]. On peut trouver un exemple de cette thèse dans la décision relative aux exceptions préliminaires portant sur le contentieux entre l'Iran et le Royaume-Uni devant la CIJ. CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), Arrêt sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952 [1952] C.I.J. rec. 425, aux pp. 448 et s.

offert aux interprètes du droit international nous interpelle quant à l'objectivité d'une telle approche, et suppose que ce choix est avant tout subjectif. Selon Joe Verhoeven,

[o]n sait que cette interprétation ne se réduit pas à quelque tâche servile, qui permettrait de découvrir, en quelque sorte mécaniquement, la pleine signification de termes demeurés jusqu'alors entourés d'incertitudes ou d'ambiguïtés. Bien au contraire, elle présente un caractère indiscutablement « créateur »³⁷².

Or, l'utilisation de l'une et/ou l'autre des méthodes a conduit dans le cas de la thèse des buts et effets à trouver deux solutions contradictoires sur le plan juridique, mais toutes les deux fondées juridiquement. Ainsi, si le choix résulte d'un choix subjectif, autrement dit non juridique, on est en droit de se demander quels sont les facteurs extra juridiques qui sont pris en considération par les interprètes du droit international, en l'espèce ici les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

L'analyse qui va suivre de la décision *Japon – Boissons alcooliques* démontre en fait que l'Organe d'appel utilise toutes les possibilités offertes par l'article 31 et 32 de la *Convention de Vienne* pour justifier des positions conformes aux conceptions idéologiques de l'organisation en tant que telle.

Dans cette décision, l'Organe d'appel confirme l'analyse du Groupe spécial venant à rejeter l'utilisation du test des buts et effets développé dans *États-Unis – Boissons maltées* qui intègre l'article III:1 au test de similarité. Cette analyse avait été soulevée à la fois par la partie plaignante, les États-Unis, et la partie défenderesse, le Japon³⁷³. Comme nous l'avons vu au début de cette section, le Groupe spécial avait

³⁷² Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, à la p. 418.

³⁷³ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/A/R (Rapport du Groupe spécial) au para. 6.16. Comme nous l'avons dans la section précédente, ce critère avait déjà été

introduit l'examen de l'objectif de la mesure sur la base d'une interprétation uniquement téléologique de l'article III dans son ensemble³⁷⁴.

L'Organe d'appel va critiquer cette décision du Groupe spécial pour ne pas avoir utilisé la méthode textuelle. Il débute son raisonnement par l'analyse de l'article III:1 et affirme qu'il « faut attribuer aux termes de l'article III leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC »³⁷⁵. Puis il continue en déclarant que « [s]on interprétation [de l'article III:1] correcte est avant tout une interprétation textuelle ». Cette interprétation est double tant dans sa signification que sur sa méthode. Pour lui, l'article III:1, dans le cadre de cette seule disposition s'interprète de manière textuelle. Il « énonce un principe général selon lequel des mesures intérieures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale »³⁷⁶. Mais son apport dans l'article III est issu d'une interprétation téléologique : « l'article III:1 constitue une partie du contexte de l'article III:2, de même qu'il constitue une partie du contexte de chacun des autres paragraphes de l'article III »³⁷⁷. Une fois cette analyse faite, l'Organe d'appel, sur l'article III:2, deuxième phrase, sur la base d'une interprétation textuelle, dit que la « première phrase de l'article III:2 ne fait pas expressément référence à l'article III:1 ». Il poursuit, mais cette fois sur la base d'une interprétation téléologique en expliquant que

utilisé par trois fois. Nous nous contenterons dans cette partie à reprendre l'analyse de l'Organe d'appel, plutôt que celle du groupe spécial.

³⁷⁴ Voir chapitre III, section 3.3.1. *États-Unis – Boissons Maltées*, *supra* note 162, au para. 5.25 :

Le Groupe spécial a considéré que pour interpréter l'expression "produits similaires" figurant dans l'article III il fallait tenir compte de l'objectif limité de cet article. Ainsi, pour déterminer si deux produits soumis à un traitement différent étaient des produits similaires, il était nécessaire de savoir si la distinction entre les produits était effectuée "de manière à protéger la production nationale".

³⁷⁵ Voir *Japon – Boissons alcooliques*, *supra* note 174, à la p. 22.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*, à la p. 23.

[c]ette absence de référence a certainement un sens. Nous croyons qu'elle veut dire simplement que l'existence d'une application protectrice n'a pas besoin d'être établie séparément des prescriptions spécifiques comprises dans la première phrase pour démontrer qu'une mesure fiscale est incompatible avec le principe général énoncé dans la première phrase.³⁷⁸

En résumé, l'Organe d'appel critique le Groupe spécial pour avoir fait une interprétation téléologique, mais va déterminer une autre analyse à partir d'une autre interprétation téléologique³⁷⁹.

De plus, pour l'Organe d'appel, cette interprétation est celle à considérer étant donné qu'elle s'appuie sur la jurisprudence antérieure. Toutefois, nous venons de montrer que deux interprétations étaient alors utilisées. Celle du test des buts et effets, et celle le rejetant. Il est intéressant de noter que l'Organe d'appel fonde sa jurisprudence antérieure sur quatre décisions, dont trois pour lesquelles le rapport n'a pas été adopté et une décision dont le rapport adopté ne portait pas sur la question de

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Cette interprétation a également été faite dans le cadre de l'article III:4. Toutefois, la différence de structure entre III:2 et III:4 est suffisamment importante ici pour la mettre en exergue. L'article III:4 est constitué d'une seule disposition, à la différence de l'article III:2. Dans III:2 seconde phrase, on trouve une référence à la clause « *so as to afford protection* » (SATAP), que l'on ne retrouve pas dans l'article III:2, première phrase. Or l'interprétation textuelle de l'Article III:2, à laquelle l'Organe d'appel adhère, arrive à la conclusion que l'absence de référence dans la première phrase a un sens celui de ne pas exiger dans le test de similarité l'examen des buts et effets de la disposition contestée. Dans *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel applique par analogie ce raisonnement à l'article III:4, disposition dans laquelle il n'y a pas de référence à la clause SATAP. Or plusieurs auteurs contestent cette interprétation visant à rejeter le test des buts et effets dans le cadre de l'article III:4 (sans le faire pour l'article III:2). Leur argumentation se fonde sur le fait que la catégorie des produits similaires visée dans l'article III:4 regroupe la catégorie de produits de l'article III:2, première et seconde phrase. (Voir section 2.1.3.2). Pour Hudec cette interprétation supprime tout lien rationnel entre les différentes dispositions de l'article III et rend l'article III:1 et sa clause SATAP inopérant dans le cadre de l'analyse de la similarité de l'article III:4. (Hudec, « A Requiem for an "An Aim and Effect" Test », *supra* note 361 à la p. 375). Sur ces critiques voir par ex., Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152, à la p. 89; Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288; Archibald, « Forbidden by the WTO? », *supra* note 343; Peel « Confusing Product », *supra* note 291; Hudec, « A Requiem for an "An Aim and Effect" Test », *supra* note 361; Roessler, *supra* note 341.

la similarité³⁸⁰. Enfin, il existait trois rapports adoptés qui venaient affirmer le contraire³⁸¹.

Dans cet exemple, nous avons vu que l'indétermination des concepts et la structure flexible des dispositions ont permis aux membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'arriver à des conclusions différentes, tout en étant juste sur le plan juridique, remettant en cause le caractère apolitique des décisions. La décision dans l'affaire *CE – Amiante*, que nous allons analyser dans la section suivante ne va pas seulement confirmer cette critique du formalisme juridique et de l'interprétation déductive des règles. Elle confirme le caractère idéologique de la vision du commerce international défendue par l'Organe d'appel à travers les préjugés structurels qui entoure le concept de similarité.

3.4 La décision *CE – Amiante* de 2001 : la justification politique de l'Organe d'appel à son approche économique de la similarité

3.4.1 Une approche économique de la similarité confirmée

Dans cette affaire, le Canada contestait un décret français interdisant généralement l'usage en France de l'amiante et des produits contenant des fibres d'amiante. Pour le Groupe spécial, il y avait une violation de l'article III. Sur la base du fait que l'amiante et les produits de substitution devaient être considérés comme des produits similaires au sens de cet article III, il a constaté que l'interdiction des Communautés européennes constituait une violation du principe de traitement national.

À partir d'une interprétation purement contextuelle de l'article III:4, le Groupe spécial rejettera l'examen de la dangerosité des fibres d'amiantes. L'approche employée ici confine la similarité des produits dans le strict cadre du marché :

³⁸⁰ Voir *Japon – Boissons alcooliques*, *supra* note 174, à la p. 23, note de bas de page 54.

il faut se rappeler que le contexte d'application de l'article III:4 n'est pas celui d'un exercice de classement scientifique. L'objectif de l'article III se rapporte à l'accès des produits aux marchés [...] Nous notons d'ailleurs que le critère inclut la notion de "qualité" du produit, ce qui dénote une approche commerciale, sinon, le mot "qualité" aurait vraisemblablement été employé au pluriel, auquel cas il aurait pu s'apparenter à "propriétés" au sens d'une qualité particulière d'un produit. C'est donc dans une perspective d'accès au marché que les propriétés, la nature et la qualité des produits importés et nationaux doivent être appréciées³⁸². [Nos surlignés]

Sur cette base, le Groupe spécial a fait valoir que les risques sanitaires liés à l'amiante n'étaient pas un facteur pertinent dans l'examen du caractère similaire des produits, notamment au regard du critère de la nature et de la qualité du produit, qui pour lui « dénote une approche commerciale, sinon, le mot "qualité" aurait vraisemblablement été employé au pluriel, auquel cas il aurait pu s'apparenter à "propriétés" au sens d'une qualité particulière d'un produit »³⁸³. Pour le Groupe spécial, l'introduction de ce critère dans l'examen de la similarité rendrait l'article XX inutile et permettrait aux États de s'exonérer des obligations contenues dans l'article XX³⁸⁴. Cette analyse de l'article III s'oppose totalement à celle qui était faite par les groupes spéciaux qui arrivaient à la conclusion que l'examen de buts et effets devait être fait, pour déterminer la similarité des produits. Autrement dit, l'utilisation d'une même méthode d'interprétation conduit à une solution totalement opposée sur le test de similarité.

³⁸¹ *États-Unis – Boissons Maltées*, *supra* note 162; *CE – Bananes III*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 352. Aussi, nous pouvons ajouter un rapport non adopté, *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, *supra* note 300.

³⁸² *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (2001), OMC Doc. WT/DS135/A/R (Rapport du Groupe spécial), au para. 8.122.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*, au para. 8.130-31 : « ce critère [de la dangerosité des produit] rendrait, quand il serait appliqué, tous les autres critères [...] redondant dans la mesure où il deviendrait déterminant dans l'évaluation de la similarité de produits dans tous les cas de figure où il serait invoqué, quels que soient les autres critères appliqués ».

Notons enfin, que le rejet de la thèse des buts et effets par le Groupe spécial repose sur l'interprétation antérieure de l'Organe d'appel dans *Japon – Boissons alcooliques*. Rappelons que selon cette décision, l'utilisation erronée de ce test découle d'une mauvaise utilisation des méthodes d'interprétation par les groupes spéciaux, à savoir une interprétation purement téléologique. Or, c'est cette méthode d'interprétation qui est pourtant utilisée ici. Deux interprétations différentes peuvent donc conduire au même résultat, à savoir une conception économique du test de la similarité, dont la conséquence est le rejet dans l'article XX de l'analyse du « *fair trade* ». Cette analyse de la similarité des produits se place dans la droite ligne décrite dans le chapitre II, qui dispose que c'est le marché qui décide de ce qui est similaire, l'intervention de l'État est réduite au minimum. Elle confirme, à travers cette analyse de la similarité libérée de toutes considérations non économiques, sa volonté de libérer le commerce international de toute entrave politique. Même si la mesure contestée ici n'est pas liée aux PMP, on peut difficilement concevoir une plus grande fermeture à toutes considérations relatives aux PMP dans le cadre de l'analyse de l'article III. Toutefois, sur la base de l'article XX, le Groupe spécial va donner raison aux Communautés européennes qui feront appel de cette décision. Comme nous le verrons, le rapport de l'Organe d'appel va, d'une certaine manière, atténuer cette analyse de la similarité. Ces conclusions seront un exemple de la structuration des concepts par une conception idéologique du commerce international défendue par l'OMC.

Avant de nous pencher sur l'analyse de l'Organe d'appel, il est intéressant de regarder les prétentions des Communautés européennes quant à l'analyse de la similarité :

De l'avis des Communautés européennes, le Groupe spécial a toutefois effectué une analyse erronée de l'expression "produits similaires", compte tenu de l'objectif qui consiste à assurer l'accès au marché pour les produits, et, ce

faisant, a adopté une approche exclusivement commerciale pour comparer les produits "similaires" et a à tort étendu le champ d'application de l'article III:4³⁸⁵.

Les Communautés européennes estiment que le fait de se concentrer ainsi à tort sur l'accès au marché a conduit le Groupe spécial à exclure de son analyse relative aux produits "similaires" la raison précise pour laquelle le Décret vise spécifiquement les fibres d'amiante, à savoir, le fait que ces fibres sont cancérogènes. L'article III:4 préserve les attentes concernant le rapport de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux; cependant, l'incidence d'une mesure sur ces attentes n'est pas pertinente pour déterminer la "similarité", mais seulement ultérieurement dans l'analyse au titre de l'article III:4, aux fins d'établir si la mesure établit une discrimination entre les produits importés et les produits nationaux. Pour les Communautés européennes, le critère décisif pour déterminer la "similarité" de produits doit constituer à déterminer si, en raison du fondement de la distinction réglementaire entre les produits, le traitement accordé aux produits nationaux qui sont soumis à la mesure considérée est refusé aux produits importés.³⁸⁶ [Nos soulignés]

Il est très intéressant de noter le renvoi à « la raison » et au « fondement précis » de la réglementation fait par les Communautés européennes, renvoi qui rappelle pour le moins le test des buts et effets, rejeté par l'Organe d'appel. Pour elles, l'accent porté sur le rapport commercial des produits doit être atténuée par l'observation des objectifs de la mesure. Autrement dit, ces prétentions imposent à l'Organe d'appel d'endosser et de justifier une position centrée sur le marché, dont la conséquence est de faire primer les intérêts économiques, et l'accès des produits étrangers sur la protection de la santé.

L'Organe d'appel ne va pas suivre la position des Communautés européennes et va plutôt confirmer l'approche économique de la similarité. Il considère que l'objectif général de l'article III oblige les membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence sur le marché entre les produits nationaux similaires et

³⁸⁵ CE – *Amiante*, *supra* note 192, au para. 31.

³⁸⁶ CE – *Amiante*, *supra* note 192, au para. 30.

importés³⁸⁷. Il conclut en disant qu'« une détermination relative au concept de "similarité" énoncé à l'article III:4 est essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits »³⁸⁸. Toutefois, et pour la première fois, un membre de l'Organe d'appel mettra en doute de ce fondement dans une opinion dissidente intégrée à la décision :

la nécessité ou le bien-fondé d'une interprétation "fondamentalement" économique de la "similarité" de produits au titre de l'article III:4 ne me paraît pas exempt d'un doute important. En outre, dans des contextes concrets futurs, la limite entre une conception "fondamentalement" et une conception "exclusivement" économique des "produits similaires" au titre de l'article III:4 pourrait bien se révéler très difficile à déterminer dans la pratique. Il me semble donc plus judicieux de réserver son opinion sur une question aussi importante et même philosophique, qui peut avoir des conséquences imprévisibles, et de le laisser pour un autre appel et un autre jour, voire pour d'autres appels et d'autres jours. Je réserve donc mon opinion à sur ce sujet.³⁸⁹

Cette opinion dissidente est importante dans la compréhension de notre thèse. D'une part, elle semble indiquer que son fondement juridique est fragile, et qu'il serait possible d'arriver à une solution différente dans le cadre spécifique de l'article III:4. La précision de cet article n'est pas sans intérêt. En effet, comme nous le disions dans la section précédente, le rejet de la thèse des buts et effets, thèse remettant en cause ce fondement économique, se fonde sur une interprétation textuelle, d'après laquelle la clause SATAP ne figure pas explicitement dans la disposition de l'article III:4. Cette opinion dissidente s'inscrit directement dans la ligne de la critique développée par Roessler ou Hudec sur l'absence de « lien rationnel » dans cette analyse pour l'article

³⁸⁷ Gabrielle Marceau, « L'affaire *CE – Amiante* et la nouvelle approche de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC concernant les risques à la santé » (2001) 38 *Canadian Yearbook of International Law* 213, à la p. 215.

³⁸⁸ *CE – Amiante*, *supra* note 192 au para. 99.

³⁸⁹ *Ibid.*, au para. 154. Il n'est pas précisé dans la décision le nom du membre de l'Organe d'appel à l'origine de cette opinion dissidente.

III:4³⁹⁰. D'autre part, elle met en lumière la question de la justification politique de cette conception « fondamentalement économique » de la similarité que nous allons voir dans la prochaine section.

3.4.2 L'analyse de la protection de la santé du consommateur : un élément de contrainte

L'Organe d'appel va débiter son test de similarité par la définition, pour la toute première fois, d'un cadre d'analyse des critères issus du *Rapport BTA*. Pour lui, ces critères sont interdépendants, c'est-à-dire que tous doivent faire l'objet d'une étude au regard des éléments de l'espèce, et que leur examen ne doit pas être fait séparément, mais en relation les uns avec les autres, puisque,

les propriétés physiques des produits conditionnent et limitent les utilisations finales que ces produits peuvent avoir. Les perceptions des consommateurs peuvent de même influencer – modifier ou même rendre obsolètes – les utilisations traditionnelles des produits. Le classement tarifaire correspond clairement aux propriétés physiques d'un produit.³⁹¹

L'Organe d'appel complète ensuite son cadre d'analyse de l'interdépendance des critères. Il précise que les critères relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs et les utilisations finales dans un marché donné « revêtent une importance particulière au titre de l'article III du *GATT de 1994*, précisément parce que cette disposition concerne les rapports de concurrence sur le marché »³⁹². Cette précision sera fondamentale dans l'analyse des critères et notamment dans l'introduction du risque à la santé dans les éléments pertinents à prendre en considération dans le test de similarité. En effet, ce point permet d'écarter la constatation faite par le Groupe spécial et le Canada selon laquelle l'admissibilité de

³⁹⁰ Sur la critique de Roessler et Hudec, voir *supra* note 379.

³⁹¹ *Ibid.*, au para.102.

³⁹² *Ibid.*, au para.117.

cet élément de preuve dénuderait l'article XXb) de son effet. L'Organe d'appel va indiquer qu'il existe une distinction entre les « situations où le risque à la santé affecte les relations de concurrence [...] et les situations où la politique d'un Membre peut justifier une mesure par ailleurs incompatible avec les règles du GATT/OMC »³⁹³.

Cette analyse sera elle aussi l'objet d'une opinion dissidente, qui critiquera les conséquences de cette interdépendance des critères dans le test de similarité :

J'estime en outre que cette qualification définitive peut et devrait être établie même en l'absence d'éléments de preuve relatifs aux deux autres critères (catégories de "caractéristiques potentiellement communes") des utilisations finales et des goûts et habitudes des consommateurs, appliqués dans l'affaire Ajustements fiscaux à la frontière. Il m'est difficile d'imaginer quels éléments de preuve relatifs aux rapports de concurrence économique tels qu'ils ressortent des utilisations finales et des goûts et habitudes des consommateurs pourraient l'emporter sur le caractère incontestablement mortel des fibres d'amiantes chrysotile comparées aux fibres d'ACV lorsqu'elles sont inhalées par des êtres humains, et réduire à néant ce caractère, obligeant de ce fait à qualifier de "similaires" les fibres d'amiantes chrysotile et les fibres d'ACV.³⁹⁴

La conséquence qui sous-tend cette affirmation de l'interdépendance est qu'elle enferme davantage ce test dans un rapport de concurrence des produits. Plus précisément, ce cadre vient classer les critères. Ceux ayant peu d'influence sur le rapport de concurrence – les propriétés physiques des produits et la classification tarifaire – et ceux qui ont une forte incidence sur ce rapport – les goûts et habitudes des consommateurs et les utilisations finales des produits. Or, étant donné que l'approche retenue du test est fondamentalement économique, les premiers critères ne peuvent donc pas à eux seuls fonder une différence entre les produits. Autrement dit, si on démontre par exemple une différence entre les produits sur leurs propriétés

³⁹³ Gabrielle Marceau, *supra* note 387, à la p. 220.

³⁹⁴ *CE – Amiante*, *supra* note 192 au para. 152

physiques, il faut aussi démontrer leur différence au regard des goûts et habitudes des consommateurs³⁹⁵. Ainsi, dans la présente affaire, même si l'Organe d'appel va étudier les risques à la santé dans le cadre des propriétés physiques des produits, et conclure à leur différence sur le fait que les fibres d'amiante sont cancérogènes³⁹⁶, cela ne suffit pas à démontrer l'absence de similitude. Il faut regarder également et parallèlement à ce critère celui des goûts et habitudes du consommateur, puisque son influence sur les rapports de concurrence est plus forte³⁹⁷. En l'espèce, l'Organe d'appel conclura à la différence des produits sur le critère des propriétés physiques des produits en analysant le risque à la santé des fibres d'amiante. L'Organe d'appel admet, conformément à son principe d'interdépendance, que cette différence liée aux risques pour la santé peut influencer sur les goûts et habitudes des consommateurs³⁹⁸. Toutefois, étant donné que le Canada n'a pas apporté d'éléments de preuve concernant les goûts et habitudes des consommateurs, il ne conclura ni à la similitude ni à la différence des produits³⁹⁹. Encore une fois, un membre de l'Organe d'appel conclura que même sans preuves relatives aux goûts et habitudes des consommateurs, la différence des produits aurait dû être déterminée.

Je ne suggère pas par là que tout type ou degré de risque pour la santé que présente un produit donné contredirait a priori une constatation établissant la "similarité" entre ce produit et un autre au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. La suggestion est très étroite et se limite seulement aux circonstances

³⁹⁵ Il existe ainsi un grand nombre de combinaisons. Toutefois, le test attribue dans ce cadre un poids beaucoup plus important aux critères des goûts et habitudes des consommateurs et celui des utilisations finales. Inversement, une similitude des produits sur la base du classement tarifaire et des propriétés physiques « ne saurait être déterminante en soi. » *Ibid.*, au para. 146.

³⁹⁶ *Ibid.*, au para. 121.

³⁹⁷ *Ibid.* : « En outre, dans un cas comme celui ci, où les fibres sont physiquement très différentes, un groupe spécial ne peut conclure qu'il s'agit de "produits similaires" s'il n'examine pas les éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs. Dans une telle situation, s'il n'y a pas d'enquête sur cet aspect de la nature et de l'étendue du rapport de concurrence entre les produits, il n'y a pas de fondement permettant de surmonter la déduction selon laquelle les produits ne sont pas "similaires", tirée du fait qu'ils ont des propriétés physiques différentes. »

³⁹⁸ *Ibid.*, au para. 145.

³⁹⁹ *Ibid.*, au para. 148.

propres à la présente affaire, et elle se cantonne aux fibres d'amiante chrysotile comparées aux fibres d'ACV. Estimer que ces fibres ne sont pas "similaires" en raison du caractère incontestablement carcinogène des fibres d'amiante chrysotile n'est à mes yeux qu'un petit pas modeste de plus [...] Ce petit pas, les autres membres de la section ne se sentent toutefois pas en mesure de le franchir en raison de leur conception du rôle "fondamental", peut-être déterminant, des rapports de concurrence économique dans la détermination de la "similarité" de produits au titre de l'article III:4.⁴⁰⁰

Cette opinion dissidente est très intéressante dans le sens où elle fait ressortir des contradictions dans le formalisme du test de similarité. En effet, nous avons vu que la similarité des produits s'analyse au cas par cas du fait de la théorie de l'accordéon⁴⁰¹ plusieurs fois affirmée de par l'Organe d'appel⁴⁰². Or, cette opinion dissidente vient affirmer que la conception fondamentalement économique prônée par l'Organe d'appel vient en fait à dénuier de sens l'approche casuistique du test de la similarité étant donné la conception étroite de la similarité qui en découle.

Cette nouvelle interprétation de son cadre d'analyse des critères de la similarité permet à l'Organe d'appel de faire « d'une pierre deux coups ». Tout d'abord, elle lui permet de réaffirmer sa conception purement économique d'une similarité des produits. Ensuite, elle permet de répliquer à une éventuelle contestation politique qui l'accuserait de brader la protection de la santé au profit d'un accès au marché pour les produits étrangers.

Cette décision soulève également trois remarques. La première concerne l'analyse des risques à la santé dans les éléments de preuve relatifs au test de similarité à la fois dans le cadre du critère des propriétés physiques des produits et

⁴⁰⁰ *Ibid.*, au para. 153.

⁴⁰¹ Voir chapitre II, section . La théorie de l'accordéon est introduite par l'organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*. Elle associe la similarité à un « accordéon » qui s'étire et se resserre donnant à la similarité un caractère relatif.

⁴⁰² Cette approche casuistique est d'ailleurs répétée dans cette décision. Voir *CE – Amiante*, *supra* note 192 au para. 99.

des goûts et habitudes des consommateurs. Cet ajout entrouvre la porte à une analyse similaire au regard des effets sur l'environnement dans les impacts que cela peut produire sur les goûts et habitudes des consommateurs. Ce critère voit donc son champ d'analyse considérablement élargi en prenant de l'indépendance vis-à-vis du critère des utilisations finales dans lequel les rapports précédents l'avaient confiné⁴⁰³. La seconde remarque concerne l'analyse qui est faite du risque à la santé dans un rapport de concurrence. On peut comprendre que l'Organe d'appel ait autant insisté sur une analyse de la similarité dans le rapport de concurrence, en voulant se protéger de remarques comme celle que nous venons de faire. En effet, en confinant la similarité dans une approche purement économique, il peut d'une part, inclure comme en l'espèce, des éléments tels que les risques à la santé. D'autre part, il peut exclure, ou tout du moins limiter, certaines conséquences. Notamment, les États pourraient très bien profiter de cette analyse afin soulever cette défense pour les mesures touchant aux procédés et méthodes de production. Ainsi, après avoir évacué explicitement sur l'autel de la concurrence et du marché les considérations environnementales, l'Organe d'appel n'ose pas en faire de même avec les risques liés à la santé humaine. Toutefois, et c'est l'objet de notre troisième remarque, les conséquences de cet entêtement à confiner ce test de similarité dans un rapport de concurrence, venant jusqu'à privilégier l'accès au marché au détriment de la santé humaine est fortement décrié, comme le montre les opinions dissidentes, mais également dans la société civile qui critique le fait que les États baissent leurs standards, environnementaux ou autres, dans le but d'augmenter leur avantage compétitif et de garantir un accès au marché libéré des contraintes politiques, autrement dit de supplanter le *fair trade* par le *free trade*.⁴⁰⁴ Sur ce point, il peut être surprenant de voir l'Organe d'appel réaliser un test complet de la similarité, pour en conclure que les éléments de preuve ne suffisent pas à se prononcer sur la similarité

⁴⁰³ Voir chapitre II, section 2.3.2.

⁴⁰⁴ Steve Charnovitz, « The Greening of the WTO » (2001) 80:6 Foreign Affairs 147, à la p. 148.

ou non des produits. L'examen de la conformité de la mesure avec le *GATT de 1994* est renvoyé à l'examen des exceptions générales de l'article XX. L'Organe d'appel ne donne pas au Canada l'occasion d'entamer de nouvelles procédures afin d'apporter sa preuve concernant la similarité. Comme le fait remarquer Gabrielle Marceau, qui fut membre du cabinet du directeur général de l'OMC,

[s]ans trop d'explications et peut-être pour s'assurer que le Canada ne tente d'initier de nouvelles procédures dans lesquelles il entendrait effectuer cette démonstration [que malgré leurs caractéristiques physiques différentes les produits sont néanmoins en concurrence] de similarité [...] l'Organe d'appel abordera l'analyse de la défense des Communautés européennes fondée sur l'article XX. Cette approche n'est pas sans reproche d'illogisme juridique : s'il n'est pas ultimement prouvé que les marchandises sont similaires, il n'existe pas de concurrence entre elles, donc l'article III:4 n'a pas pu être violé et nul recours aux exceptions n'est nécessaire.⁴⁰⁵

Ces analyses nous amènent à conclure que l'Organe d'appel, en incluant l'analyse des risques à la santé dans le test de similarité, a voulu satisfaire les Communautés européennes et justifier politiquement sa conception du commerce international. En effet, la solution apportée permet à la fois de contenter les Communautés européennes en tant que membre important de l'OMC et acteur fondamental dans le commerce international, tout en continuant d'influencer cette branche du droit international.

3.5 Conclusion

Ce que nous apprend la *product-process doctrine*, c'est que les différences résultant du processus ne peuvent pas justifier une réglementation différente au niveau de la consommation du produit étant donné que « les conséquences de la consommation d'un produit dépendent uniquement des propriétés intrinsèques des produits du point

⁴⁰⁵ Gabrielle Marceau, *supra* note 387, à la p. 224.

de vue de la vente et non de sa production»⁴⁰⁶. Cette conclusion repose sur une vision mercantile des produits, dans laquelle les externalités négatives, telles que l'environnement ou les conditions de travail, ne sont pas reconnues par le marché et donc comme affectant le produit. Seules comptent les mesures pouvant avoir un impact sur les produits dans leur mise en marché. Autrement dit, nous revenons sur l'idée que c'est le marché qui décide si deux produits sont similaires. Cette analyse occulte totalement la vision des produits par le consommateur, par l'appel à une notion complètement non définie et arbitraire qu'est celle de « produits en tant que tel ». À travers le critère des goûts et habitudes des consommateurs, il pourrait être possible de relever la différence entre deux produits. Comme le notent Howse et Regan, il ne suffit pas de dire que des consommateurs ne peuvent différencier des produits lors d'un test à l'aveugle. Sur ce point, l'Australie avait tenté de le faire, dans l'affaire *Thon/Dauphin I*, et les États-Unis également en ajoutant à leur réglementation une loi portant sur l'affichage des produits. Il nous faut préciser que même si nous pouvons critiquer une réglementation qui est dirigée directement contre un État, comme ce fut le cas dans les affaires *Thon/Dauphin I* et *Thon/Dauphin II*, l'usage par les groupes spéciaux de la notion de « produit en tant que tel » va au-delà du simple refus des mesures basées sur l'origine des produits, et conteste toute forme d'intervention réglementaire touchant au produit dans l'ensemble de son cycle de vie avant la mise sur le marché.

Ce rejet des PPM et l'apparition du test des buts et effets peu après soulèvent un autre commentaire. Après l'affaire *Thon/Dauphin I*, on peut se demander si le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Boissons maltées* n'a pas voulu sortir la similarité du carcan du seul rapport de concurrence par l'analyse des « objectifs et [...] contexte législatif des lois » visant deux produits qu'il jugeait lui-même similaires « en tant

⁴⁰⁶ Howse et Regan, « Product/Process Distinction », *supra* note 288 à la p. 273.

que tel »⁴⁰⁷. Le rejet de la thèse des buts et effets par l'Organe d'appel, après deux autres confirmations par des groupes spéciaux, est un exemple de cette discipline et cohérence portées par l'Organe d'appel sur les groupes spéciaux dont nous parlions en conclusion du chapitre II. Ce rejet marque clairement sa volonté de (re)placer l'analyse de la similarité des produits dans une approche fondamentalement économique. Cette approche semble définir le préjugé structurel de cette institution, dont la conception idéologique de la clause de traitement national et du *GATT* vise à un accroissement maximal du commerce international en le libérant des entraves et interférences étatiques. Ce rejet nous pose une autre question. Cette thèse des buts et effets a été appliquée deux fois par un groupe spécial, dans le cadre du *GATT de 1947*, et ces deux décisions étaient défavorables pour les États-Unis. Or, sous l'empire de cet *Accord*, pour qu'un rapport ne soit adopté, il fallait obtenir un consensus entre les parties. Avec la création de l'OMC, le rapport d'un groupe spécial est automatiquement adopté, sauf s'il y a consensus contre son adoption. Ainsi, le rejet de cette thèse par l'Organe d'appel dans les décisions qui ont suivi l'adoption de *l'Accord de Marrakech* pose la question de savoir si cette décision est motivée par des enjeux structurels. Autrement dit, l'Organe d'appel ne cherche-t-il pas en fait à renforcer sa légitimité? En effet, toute institution a besoin d'avoir l'appui et le concours des États importants pour pouvoir fonctionner et jouir d'une certaine légitimité. Il semblerait ainsi que la modification de la méthode d'adoption des rapports a contraint l'ORD à une certaine mesure. Autrement dit, les décisions rendues par l'ORD vont intégrer des contraintes d'ordre structurelles, c'est-à-dire visant à préserver sa légitimité.

Cette critique peut-être reformulée dans le cadre de notre analyse de la décision *CE – Amiante*. L'Organe d'appel a semblé vouloir jouer sur deux tableaux. Le premier, celui qui reconnaît aux États, et plus particulièrement ici, à la Communauté

⁴⁰⁷ *États-Unis – Boissons maltées*, *supra* note 201, aux para. 5.72-73

européenne, dont le poids à l'OMC est sans conteste, sa capacité à prendre en compte la santé des consommateurs dans l'analyse de la similarité, alors que conformément à l'ensemble de ces décisions antérieures, le Groupe spécial avait appliqué la notion de « produit en tant que tel ». Cette logique conduisait donc à faire primer l'accès au marché sur la santé des consommateurs. Mais dans le même temps, il renforce le poids d'une analyse fondamentalement économique. Sur ce fait, comme nous l'avons vu, l'Organe d'appel ne se prononcera pas sur la similarité des produits, sous prétexte que le Canada ne remplissait pas sa charge envers la preuve. Mais pour éviter que le Canada ne revienne à la charge, l'Organe d'appel se réfugiera dans les exceptions générales. On sent bien que l'Organe d'appel ne pouvait pas expliquer aux Communautés européennes (et au consommateur en général) que le marché prime sur sa santé. Toutefois, son acrobatie fait en sorte que la mesure est validée, mais la protection du consommateur toujours soumise au marché. Autrement dit, l'Organe d'appel a su prendre en compte dans son raisonnement juridique à la fois les préjugés institutionnels de l'OMC mais également les contraintes touchant à sa légitimité.

CONCLUSION

En introduction de cette étude, nous avons mis en contexte l'existence de tensions entre le droit du commerce international et la protection de l'environnement. Plus précisément, nous avons montré l'incidence des règles du GATT et de l'OMC et plus particulièrement celle relative à la clause de traitement national, sur les réglementations liées aux procédés et méthodes de production des produits. Ces tensions trouvent notamment leur source dans l'objectif principal alloué au GATT, et aujourd'hui à l'OMC, qui est de libérer le commerce international des entraves protectionnistes et discriminatoires posées par les États afin de permettre son expansion. Toutefois, les conséquences de ces objectifs ont été d'inclure dans ces entraves des mesures touchantes aux PMP non liés des produits. Ces mesures se définissent comme n'ayant aucune influence sur le produit final, les caractéristiques physiques du produit restent identiques⁴⁰⁸. Or, ce type de mesures constitue un moyen d'action envisagé et plébiscité tant par les États que les acteurs non étatiques dans un objectif de protection de l'environnement⁴⁰⁹. Ce mémoire s'intéressait particulièrement à la question de l'illégalité de cesdites mesures dans le cadre de l'article III du *GATT*.

Notre étude s'est développée à partir d'une critique du formalisme juridique pour lequel la règle constitue l'unique prémisse à l'interprétation. Cette critique se

⁴⁰⁸ *Commerce et Changement Climatique*, *supra* note 15 à la p. 118.

⁴⁰⁹ Ces conséquences touchent aussi aux mesures relatives aux conditions de travail.

fonde sur deux thèses. La première, développée par Duncan Kennedy, identifie le droit comme une langue, une pratique argumentative, dans laquelle les concepts et les règles sont indéterminés d'un point de vue textuel, mais également au regard de sa structure, organisée de manière binaire. Ainsi, ces concepts n'ont de sens que d'un point de vue idéologique donnant à l'interprète un pouvoir discrétionnaire par lequel il peut faire prévaloir ses positions politiques. La seconde thèse, développée dans le champ du droit international notamment par Martti Koskenniemi, s'appuie sur la structure binaire du droit international selon laquelle toute position peut-être défendue par des arguments juridiques. Le choix pour l'une ou l'autre fait intervenir les préférences politiques des interprètes, préférences qui s'inscrivent dans les préférences politiques et éthiques des institutions, constituées par des préjugés structurels. L'hypothèse que nous formulions en introduction était que les préjugés structurels propres à l'OMC imposent une vision du commerce international, comme se suffisant à lui-même, c'est-à-dire, libérer des entraves et interférences étatiques. Ainsi, nous estimions que l'illégalité des PMP dans le cadre de l'article III du *GATT* est liée à la promotion de cette idéologie et résulte d'un choix, bien que l'admissibilité des PMP était tout aussi justifiable sur le plan juridique.

En premier lieu, nous avons cherché à démontrer l'indétermination des concepts utilisés dans les dispositions de l'article III. Ces concepts tels que « similarité » et « produits » sont au cœur du principe de traitement national, et plus largement du principe de non-discrimination. Leur interprétation et leur utilisation dans le cadre du test de similarité mettront en exergue l'absence de formalisme, dont la fiction sera sauvegardée à travers le principe de l'analyse casuistique. Toutefois, les différentes décisions démontreront la capacité pour les institutions du GATT et de l'OMC de surmonter l'absence de méthode cohérente dans l'analyse du test de similarité en venant donner à l'ensemble l'illusion d'une cohérence. Plus précisément, nous avons fait ressortir l'existence d'un cadre contraignant dans l'analyse de la similarité, celui du rapport de concurrence des produits dans un

marché. Cette conception de la similarité des produits a deux conséquences. La première, c'est qu'elle vient créer un sentiment selon lequel la clause de traitement national donne aux « produits similaires » une autorisation générale d'accès au marché. La seconde conséquence donne au marché le rôle de juge de la similarité, dans le sens où c'est le marché qui renseigne sur ce qui est similaire et ce qui est différent puisqu'il est la source des outils servant au test de similarité.

En second lieu, nous avons mis en exergue les deux conséquences majeures soulevées par cette interprétation de la similarité des produits. La première conséquence vise les mesures liées aux procédés et méthodes de production. L'observation des produits dans un pur rapport économique permet le cloisonnement du concept de produit dans un cycle de vie limité à sa mise vente et à sa consommation. Ainsi, cette approche met à l'écart les mesures distinguant les produits sur la base de PMP non liés à ces derniers. C'est la *product process doctrine*, dont l'une des implications majeures est le renvoi de la question de la légalité de ces mesures dans le cadre des exceptions générales de l'article XX du *GATT*. La seconde conséquence, liée directement à la première, est la séparation qui est opérée entre le marché et l'action de l'État. Plus précisément, cette distinction se fonde sur l'idée que le marché doit être libéré des actions politiques de l'État, et notamment dans le cadre des PMP, puisque ces actions participent à l'impérialisme des États développés importateurs, sur les États du Sud, exportateurs. Cette distinction repose principalement sur le rejet du test des buts et effet, thèse dont l'objectif était de passer d'une analyse de similarité contrainte dans un *free trade* à une conception de la similarité moins étroite placée dans un *fair trade*. Autrement dit, cette thèse concevait la similarité des produits au regard d'un marché dans lequel l'action de l'État est conciliée aux intérêts du strict marché. Le rejet de cette approche conciliante fut justifié par l'Organe d'appel par le fait qu'elle permettrait aux États de prendre unilatéralement des mesures qui pourraient être qualifiées d'impérialistes, à défaut de protectionnistes. L'analyse des différentes décisions des groupes spéciaux et de

l'Organe d'appel qui s'inscrivent en faveur et contre ce test des buts et effets nous a permis de souligner le rôle important que joue l'idéologie au moment de l'interprétation, notamment par l'utilisation des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, que cela soit dans l'interprétation des concepts et du contexte, dont l'indétermination fait en sorte qu'ils n'ont de sens que dans un contexte idéologique, et dans le choix opéré par l'institution entre les différentes solutions possibles. L'approche fondamentalement économique définit le préjugé structurel de cette institution, dont la conception idéologique de la clause de traitement national et du *GATT* vise à un accroissement maximal du commerce international en le libérant des entraves et interférences étatiques. Ces préjugés structurels venant ainsi contraindre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leur interprétation de la similarité des produits.

Toutefois, la décision *CE – Amiante* permet de mettre en exergue l'existence d'autres contraintes qui existent sur l'OMC en tant qu'institution au moment de l'interprétation. Cette affaire montre que des contraintes ayant trait à sa légitimité jouent un rôle important dans le raisonnement juridique. En effet, l'analyse de la décision semble indiquer que l'Organe d'appel a pris en considération le risque que faisait prendre pour sa survie un raisonnement uniquement contraint par les préjugés structurels que nous avons décelés, et a intégré une contrainte de légitimité. Sans de nouveau énoncer les conclusions de l'Organe d'appel, nous mentionnerons ici que le renvoi de la question de la légalité des mesures fondées sur les procédés et méthodes de production des produits dans le cadre des exceptions générales de l'article XX suit la conclusion à laquelle avait souscrit l'Organe d'appel d'un autre rapport portant également sur les PMP⁴¹⁰. Il s'agit de l'affaire *États-Unis – Prohibition à*

⁴¹⁰ Nous tenons à préciser que cette affaire n'a pas été étudiée auparavant puisqu'elle n'a pas trait à la question de la similarité des produits. L'intérêt que nous soulevons ici est celui de confirmer nos précédentes conclusions.

*l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*⁴¹¹ dont le rapport fut adopté en 1998 et qui fut suivi d'une autre contestation au titre de l'article 21:5 du *Memorandum d'accord*, pour laquelle le rapport de l'Organe d'appel⁴¹² fut adopté seulement quelques mois après la décision *CE – Amiante*. Les faits de cette affaire rejoignent ceux de l'affaire *Thon/Dauphin I*⁴¹³. Dans l'affaire *Tortue/Crevette I*, les États-Unis contestaient deux conclusions du Groupe spécial⁴¹⁴. La première concernait son refus de recevoir des renseignements et des avis techniques non sollicités au titre de l'article 13 du *Mémorandum d'accord*⁴¹⁵. La seconde jugeait que les mesures contestées ne pouvaient entrer dans le champ de l'article XX. L'Organe d'appel dans l'affaire *Tortue /Crevette I* allait renverser la décision du Groupe spécial concernant l'interprétation de l'article 13 du *Memorandum d'accord*⁴¹⁶ et son interprétation juridique de l'article XX, sans toutefois accorder aux mesures américaines le bénéfice des exceptions générales.

Pour l'Organe d'appel, un État pouvait unilatéralement interdire les importations de produits au regard de la conservation des ressources naturelles épuisables⁴¹⁷ en provenance d'un autre État, si celui-ci n'avait pas adopté les

⁴¹¹ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Plaintes de la Malaisie, de la Thaïlande, du Pakistan et de l'Inde) (1998) WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Tortue – Crevette I*]

⁴¹² *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5* (2001) WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Tortue – Crevette II*]

⁴¹³ Les mesures contestées prohibaient l'importation de certaines crevettes et de certains types de produits à base de crevettes ayant été pêchées par des crevettiers n'utilisant pas de dispositifs d'exclusion des tortues marines approuvés et certifiés par leur administration et qui avaient comme fonction d'éviter la prise accidentelle de tortues lors de la pêche des crevettes

⁴¹⁴ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Plaintes de la Malaisie, de la Thaïlande, du Pakistan et de l'Inde) (1998) WT/DS58/ R (Rapport du Groupe spécial) [*Tortue – Crevette I* – Rapport du groupe spécial]

⁴¹⁵ *Memorandum d'accord*, *supra* note 10 art. 13 (Droit de demander des renseignements).

⁴¹⁶ *Tortue – Crevette I*, *supra* note 411, au para. 108 :

il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés.

⁴¹⁷ *GATT de 1994*, *supra* note 158 art. XX(g).

mêmes politiques de protection, tant et si bien que la mesure respecte les critères du texte introductif de l'article XX⁴¹⁸. Cette conclusion permettait ainsi l'adoption de mesures touchant aux PMP dans le cadre de l'article XX(g), et par extension aux autres exceptions⁴¹⁹.

Dans la seconde affaire *Tortue/Crevette*⁴²⁰, le rapport de l'Organe d'appel devait confirmer ses conclusions encore plus « révolutionnaires »⁴²¹ dans son interprétation de l'article XX :

Il n'est pas nécessaire de tenir pour établi que le fait d'exiger des pays exportateurs qu'ils respectent ou adoptent certaines politiques (même si elles sont couvertes en principe par telle ou telle exception) prescrites par le pays importateur a pour résultat qu'une mesure n'est pas susceptible à priori de justification au titre de l'article XX⁴²²

Selon Patrick Kelly cette interprétation relève tout simplement de la « révolution » puisqu'elle relève d'une technique d'interprétation totalement surprenante et nouvelle⁴²³, l'Organe d'appel s'appuyant sur une interprétation des préoccupations

⁴¹⁸ *Ibid.*, art. XX : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ».

⁴¹⁹ Patrick Kelly, « The Seduction of the Appellate Body : Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance » (2005) 38 Cornell International Law review 459, à la p. 461; Dans le même sens, voir Arthur Appleton, « Shrimp/Turtle: Untangling the Nets » (1999) 2:3 Journal of International Economic Law 477.

⁴²⁰ Dans ce second épisode de cette, la Malaisie contestait au titre de l'article 21:5 du *Mémoire d'accord*, les mesures prises par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans *Tortue/Crevette I*. Pour la Malaisie. Voir *Tortue – Crevette II*, *supra* note 411, aux para. 16 et s.

⁴²¹ Kelly, *supra* note 419, à la p. 461

⁴²² *Tortue – Crevette II*, *supra* note 411, au para.137. Ces conclusions viennent confirmer celles du groupe spécial. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5* (2001) WT/DS58/R (Rapport du Groupe spécial)

⁴²³ Kelly, *supra* note 419, à la p. 461.

contemporaines de la communauté internationale⁴²⁴. Le fait que ces conclusions amènent à accepter les PMP dans le cadre du *GATT*, sous-tendent selon l'auteur que les enjeux majeurs et les orientations politiques ne sont plus du seul ressort des États membres de l'OMC par l'usage de la négociation, mais peuvent également être déterminés par un organe juridictionnel tel que l'ORD⁴²⁵.

C'est sur cette constatation que nous allons appuyer notre démonstration de la prise en compte de contraintes externes par l'Organe d'appel dans son raisonnement juridique. Au regard de ces conclusions, nous pourrions être amenés à nous interroger sur les dangers qu'elles représentent quant à la légitimité de l'institution. Avant d'aller plus loin, il nous faut replacer ces affaires dans leur contexte social.

Le rapport de l'Organe d'appel dans *Tortue/Crevette I* a été rendu peu après la conférence ministérielle de Genève de 1998 au cours de laquelle des violentes manifestations anti-OMC ont éclatées. Cette conférence visait à fêter les 50 ans de l'accord de libre-échange du *GATT*. Ces premières manifestations de masse viennent s'opposer la libéralisation des échanges telle que prônée par l'OMC⁴²⁶ ainsi que l'absence de transparence, de réelle responsabilité démocratique et donc de légitimité⁴²⁷. À cette contestation s'ajoutait celle de certains élus américains qui

⁴²⁴ Le raisonnement de l'Organe d'appel se fonde sa motivation juridique principalement par l'usage de l'article 32 de la *Convention de Vienne* et la recherche de la volonté des parties. Voir *Tortue – Crevette I*, *supra* note 411, aux para. 115 et 152.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Sur la contestation de l'OMC, voir Robert Howse, « The Turtles Panel : Another Environmental Disaster in Geneva » (1998) 32 *Journal of World Trade* 73 [Howse, « Turtle Panel »]; Michael M. Weinstein et Steve Charnovitz « The Greening of the WTO » (2001) 80:6 *Foreign Affairs* 147; Pierre Hazan, « OMC = "organisation mondiale du caviar". Violente manifestation samedi à Genève contre le néo-libéralisme » (18 mai 1998) *Le Figaro*, en ligne : <http://www.liberation.fr/economie/0101245426-omc-organisation-mondiale-du-caviar-violente-manifestation-samedi-a-geneve-contre-le-neo-liberalisme>.

⁴²⁷ L'absence de prise en compte des ONG est justement crucial dans la question portant sur la recevabilité des *amicus curia* devant l'ORD. Voir Elizabeth Smythe et Smith Peter, « Legitimacy, Transparency, and Information Technology: The World Trade Organization in an Era of Contentious Trade Politics » (2006) 12 *Global Governance* 31.

considéraient que l'OMC allait à l'encontre de leur souveraineté et demandait la mise en place de la Commission de révision des règlements des différends à l'OMC qui permettait le vote d'une résolution de retrait de l'OMC après trois décisions contestant les conclusions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel⁴²⁸. Ainsi, le rapport du Groupe spécial allait dans le droit chemin de toutes ces contestations. Même si le rapport de l'Organe d'appel en 1998 réfuta les conclusions du Groupe spécial, ses conclusions, qui invalidaient la législation américaine, provoquèrent une vague de contestation sans précédent contre l'OMC, qui se matérialisa en 1999 à Seattle avec des manifestations les plus violentes qu'ait connu l'OMC. En effet, si pour certains auteurs cette interprétation dans *Tortue/Crevette I* ne pouvait se fonder que sur un contexte politique dans une perspective de satisfaire la communauté environnementale et de s'en rapprocher⁴²⁹, les tortues restèrent le fer de lance des protestataires qui critiquaient l'absence de prise en compte des questions environnementales et sociales dans la régulation du commerce international⁴³⁰. Ces revendications vont donner naissance au Forum social mondial, dont la première édition tenue en 2001 à Porto Alegre réunissait des militants altermondialistes venus de tout horizon⁴³¹.

Revenons sur l'objectif des thèses développées par les *Crits*. Ces derniers cherchent à démontrer par leur critique du formalisme que le droit est un instrument

⁴²⁸ Cette Commission aurait comme fonction de réviser tous les jugements impliquant les États-Unis à l'OMC et pourrait permettre le retrait du pays de l'Organisation si, sur une période de cinq ans, il lui semble que trois décisions de l'Organe de règlement des différends sont rendues où le Groupe spécial ou l'Organe d'appel ont dépassé leur compétence et que le résultat est incompatible avec les intérêts des États-Unis. Voir, Alex Kouvéje, « En attendant le cycle. Que faire après Seattle ? » (2000) 2 *Politique étrangère* 439, à la p. 447.

⁴²⁹ Appleton, *supra* note 419, aux pp. 477 et 495.

⁴³⁰ Steve Charnovitz, « Debunking the Myth », *supra* note 152, à la p. 63. Voir aussi, Howse, « Turtle Panel », *supra* note 426.

⁴³¹ Sur le Forum social mondial, voir en général José Corrêa Leite, Carolina Gil, *World Social Forum: strategies of resistance*, Chicago, Haymarket Books, 2005.

d'oppression qui vise à protéger et à supporter les structures de domination⁴³² et que les « idées, institutions et relations de pouvoirs, interagissent de manière complexe »⁴³³. Or, cette affaire nous interpelle sur les fondements du raisonnement juridique suivi par l'Organe d'appel, et nous suggère que les préjugés structurels ne sont pas les seuls à contraindre le raisonnement juridique. Les décisions semblent avoir été prises sur des fondements idéologiques, mais également, sur le contexte social. Autrement dit, aux contraintes idéologiques s'ajoutent la prise en compte des relations de pouvoir dans la société faisant en sorte que les décisions cherchant à protéger ces rapports de domination vont être favorables aux dominants. Les conclusions de l'Organe d'appel en 2001 venant admettre les PMP au titre de l'article XX prennent en compte la contrainte qu'exercent les États-Unis sur la légitimité de l'institution et à l'intérieur des rapports de domination. Cette décision vient ainsi légitimer ces rapports de domination, qui opposent les États-Unis, et plus généralement les pays du Nord aux pays du Sud, pour lesquelles ces mesures sont avant tout des actes unilatéraux éco-impérialistes ou socio-impérialistes.

Enfin, ces constatations questionnent sur le rôle du juriste qui souhaite contester une décision. Celui-ci ne devrait-il pas laisser de côté la traditionnelle contestation des décisions sur le plan des technicalités juridiques, et se porter davantage sur le terrain de la contestation politique. Autrement dit, le juriste engagé n'est-il pas en réalité celui qui prend et assume des positions politiques?

⁴³² Voir chapitre I, setion 1.3.2-3; Karl Klare, « Wagner Act », *supra* note 108, à la p. 292.

⁴³³ Klare, « Critical Theory », *supra* note 127.

BIBLIOGRAPHIE

ACCORDS INTERNATIONAUX

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1er janvier 1948)

Accord instituant l'organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, 12 avril 1979, JOCE. 17.03.1980, n° L 71 p. 29-43 (entrée en vigueur 13 mars 1980),

Accord sur l'agriculture, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 436 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 226 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Anglo-Amricain Mutual Aid Agreement, 28 février 1942, en ligne « http://www.historyguy.com/worldwartwo/anglo-american_agreement_feb_28_1942.htm »

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980)

Convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (1983) 1503 RTNU 168 (entrée en vigueur: 1er janvier 1988)

Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995)

Statut de la Cour internationale de Justice, annexe de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, 26 juin 1945, 1 RTNU 16

LÉGISLATION

États-Unis, *Loi sur l'information du consommateur pour la protection des dauphins*, art. 901, Loi publique 101-627, 104 Stat. 4465-67, adoptée le 28 novembre 1990, codifiée en partie dans 16 U.S.C. 1685.

États-Unis, *U.S. Pelly Amendment*, 22 U.S.C.A § 1978 (West 1990 & Supp. 1994).

France, *Décret n° 96-1133 du 24/12/96 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du Code du travail et du Code de la consommation*, JO n° 300 du 26 décembre 1996.

DÉCISIONS – GATT DE 1947⁴³⁴

Taxes intérieures brésiliennes (1949) GATT Doc. BISD II/181 (Rapport adopté)

Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium (1950) GATT Doc. BISD II/188 (Rapport adopté)

Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles (1953) GATT Doc. BISD 7S/64 (Rapport adopté)

Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux (1977) GATT Doc. BISD 25S/49 (Rapport adopté)

États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (1987) GATT Doc. 34S/154 (Rapport adopté)

⁴³⁴ Décisions classées par ordre chronologique

Japon – Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés, (1987), GATT Doc. IBDD, S34/92 (Rapport adopté)

États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (1989) GATT Doc. IBDD, S36/386 (Rapport adopté)

CEE — Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants (1990) GATT Doc. BISD 37S/132 (Rapport adopté)

États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique) (1991), GATT Doc. DS21/R - 39S/174 (Rapport non adopté)

Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation (1991), GATT Doc. DS-17/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. 28 (Rapport non adopté)

États-Unis – Restrictions à l'importation de thon, (Plainte e la CEE et des Pays-Bas) (1992), GATT Doc. DS29/R, (Rapport non adopté)

États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de Malt (Plainte du Canada) (1992), GATT Doc. DS23/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. 233, (Rapport adopté)

États-Unis – Taxes sur les automobiles (Plainte de la CEE) (1994), GATT Doc. DS31/R (Rapport non adopté)

DÉCISIONS – GATT DE 1994⁴³⁵

Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007 (Rapport de l'Organe d'Appel)

Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, (Plainte du Japon, des Communautés européennes) (2007), Doc. OMC WT/DS332/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États – Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS31/R (Rapport du Groupe spécial)

⁴³⁵ Décisions classées par ordre alphabétique, nom du défendeur.

Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États – Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS31/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Chili – Taxes sur les boissons alcooliques (2000) OMC Doc. WT/DS87-110/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (2001), OMC Doc. WT/DS135/A/R (Rapport du Groupe spécial)

Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, (1997) OMC Doc. DS27/A/R (Rapport du Groupe spécial)

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, (1997) OMC Doc. DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Corée – Taxes sur les boissons alcooliques, alcooliques (1998) OMC Doc. WT/DS75, 84/R (Rapport du Groupe spécial)

Corée – Taxes sur les boissons alcooliques (1999) OMC Doc. WT/DS75-84/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/R, 29 janvier 1996 (Rapport du Groupe spécial)

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996 (Rapport de l'Organe d'appel)

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, (1996) OMC, doc. Off. WT/DS2/R (Rapport du groupe spécial)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de la Malaisie, de la Thaïlande, du Pakistan et de l'Inde) (1998) WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de la Malaisie, de la Thaïlande, du Pakistan et de l'Inde) (1998) WT/DS58/R (Rapport du groupe spécial)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 (2001) WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 (2001) WT/DS58/ R (Rapport du Groupe spécial)

Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte du Japon, des Communautés européennes et des États – Unis) (1998) OMC, doc. off. WT/DS54, 55, 59, 64/R (Rapport du Groupe spécial)

Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte du Japon, des Communautés européennes et des États – Unis) (1998) OMC, doc. off. WT/DS54, 55, 59, 64/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/A/R (Rapport du Groupe spécial)

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons (2006) OMC Doc. DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

JURISPRUDENCE

CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), Arrêt sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952 [1952] C.I.J. rec. 425

MONOGRAPHIES ET CHAPITRES DE LIVRE

Bachand, Rémi. « Présentation », dans David Kennedy, *Nouvelles approches du droit international*, Pédone, Paris, 2007

Bachand, Rémi. *Les contraintes juridiques et extra-juridiques de l'interprétation juridictionnelle des traités de droit international : l'exemple du droit international économique*, thèse, Université Paris 1, Paris, France, 2007 [non-publiée].

Corrêa Leite José, Carolina Gil. *World Social Forum: strategies of resistance*, Chicago, Haymarket Books, 2005.

- Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995
- Geradin, Damien. « Libéralisation, dérégulation et politique environnementale: chocs des valeurs ou complémentarité? » dans Michel Pâques et Michaël Faure, dir., *La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne: acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 195
- Hart, Herbert L.A. *Le concept de droit*, 2^e ed., Presses universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005
- Hobbes, Thomas. *Léviathan*, trad., Philippe Folliot, 2002, en ligne : [classiques.uqac.ca <http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan.html>](http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan.html)
- Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*, Boston, Little Brown Compagny, 1881
- Hudec, Robert E. « GATT/WTO Constraints on National Regulation: A Requiem for an "An Aim and Effect" Test », dans Robert. E. Hudec, dir., *Essays on the Nature of International Trade Law*, Londres, Cameron May, 1999
- Hudec, Robert E. « The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence », in Marco Bronckers et Reinhard Quick, dir., *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000
- Hudec, Robert. E. « "Like Product": The Differences in Meaning in GATT Articles I and III » dans Thomas Cottier et Petros Mavroidis, dir., *Regulatory Barriers and the principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University Press of Michigan, 2000
- Jouannet, Emmanuelle. « Épilogue », dans David Koskeniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007
- Kelman, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987
- Kennedy, Duncan. « Legal Education as Training for Hierarchy », dans, David Kairys, dir., *The politics of law: a progressive critique*, 3^e ed., 1998, Basic Book, New York
- Klare, Karl. « Critical Theory and Labor Relation Law », dans, David Kairys, dir., *The politics of law: a progressive critique*, 3^e ed., 1998, Basic Book, New York

- Koskenniemi, David. « Le style comme méthode. Lettre aux organisateurs du *symposium* », dans David Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007
- Koskenniemi, Martti. *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007
- Koskenniemi, Martti. From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Arguments, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- Llewellyn, Karl N. « On the Recapture of the Grand Tradition » dans, dir., *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962
- Locke, John. *Traité sur le Gouvernement Civil* (1690)
- Melloni, Mattia. *The Principle of National Treatment in the GATT : A Survey of the Jurisprudence, Practice and Policy*, Bruxelles, Bruylant, 2005
- Ross, Alf. *A Textbook of International Law*, Clark (New Jersey), Lawbook Exchange, 2006
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politiques*, 1762
- Saussure, Ferdinand. *Cours de Linguistique Générale*. 1907-1911, Paris, Payot, 1997; *La pratique de la philosophie de A à Z*, Hatier, Paris, 2000
- Sur, Serge. « Conclusions », dans Emmanuelle Jouannet et Hélène Ruiz Fabri, dir., *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Société de Législation comparée, 2007
- Unger, Roberto M. *Knowledge and Politics*, London (ON), Collier Macmillan, 1976.
- Van den Bossche, Peter. *The Law and Policy of the world trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press
- Verhoeven, Joe. *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000
- Vincent, Philippe. *Institutions Économiques Internationales*, Bruxelles, Larcier, 2009
- Vranes, Erich. *Trade and Environment*, Oxford University Press, New York, 2007

ARTICLES

- Archibald, Catherine. « Forbidden by the WTO? Discrimination Against a Product When Its Creation Causes Harm to the Environment and Animal Welfare » (2008) 48 *Natural Resource Journal* 15
- Bachand, Rémi. « L'interprétation en droit international : une analyse par les contraintes », *Société européenne de droit international*, 2007, en ligne : esil-sedi.eu [http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora_Papers/Bachand.PDF]
- Bachand, Rémi. « La critique en droit international : réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19:2 *RQDI* 1
- Bachand, Rémi. « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale » (2010) 2 *Revue Générale de droit international* 281
- Blank, Daniel P. « Target-Based Environmental Trade Measures : A proposal For the New WTO Committee on Trade and Environment » (1999) 15 *Stanford Law Review* 61
- Burda, Julien. « L'efficacité du mécanisme de Règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » (2005) 18.2 *Revue Québécoise de Droit International* 1
- Caramel, Laurence. « La taxe carbone aux frontières refait surface » *Le Monde* (9 avril 2009) p. 4, en ligne : [infodelaplanete.org <http://www.infodelaplanete.org/5293/la-taxe-carbone-aux-frontieres-refait-surface.html>](http://www.infodelaplanete.org/5293/la-taxe-carbone-aux-frontieres-refait-surface.html)
- Charnovitz, Steve. « Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices » (1993-1994) 9 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 751
- Charnovitz, Steve. « Free Trade, Fair Trade, Green Trade : Deffogging the Debate » (1994) 27 *Cornell Int'l L J* 459
- Charnovitz, Steve. « The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », (2002) 27:1 *The Yale Journal of International Law* 59
- Charnovitz, Steve. « The Greening of the WTO » (2001) 80:6 *Foreign Affairs* 147
- Dewey, John. « Logical Method and Law » (1924) 10 *Cornell Law Quarterly* 17

- Fauchald, Ole Kristian. « Flexibility and Predictability Under the World Trade Organization's Non-Discrimination Clauses » (2003) 37:3 Journal of World Trade 443
- Franck, Jerome. « Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings » (1932) 80 U. Pa. L. Rev. 17
- Fritzpatrick, Peter, Alan Hunt. « Critical Legal Studies: Introduction » (1987) 14 Journal of Law and Society 1
- Gaines, Sandford E. « Process and Production Methods: How to produce sound Policy for environmental PPM-based trade measures? » (2002) 27 Columb. J. Envtl. L. 383
- Gordon, Robert W. « Critical Legal Studies » (1986) 10 Legal Studies Forum 335
- Holmes, Oliver Wendell. « The Path of the Law » (1896-97) 10 Harv. L. R. 457
- Horn, Henrik, Petros C., Mavroidis. « Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT-WTO », (2004) 15:1 European Journal of International Law 39
- Howse, Robert, Donald Regan. « The Product/Process Distinction – An illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy » (2000) 11:2 EJIL 249
- Howse, Robert. « The Turtles Panel : Another Environmental Disaster in Geneva » (1998) 32 Journal of World Trade 73
- Hutchinson, Allan C., Patrick J. Monahan. « Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought » (1984) 36 Stanford Law Review 199
- Irish, Maureen. « Interpretation and Naming: The Harmonized System in Canadian Customs Tariff Law » (1993) 31 Can. Y.B. Int'l L. 89
- Kelly, Patrick. « The Seduction of the Appellate Body : Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance » 38 Cornell International Law review 459
- Kennedy, David. « A New Stream of International Law Scholarship » (1988-1989) 7 Wisconsin International Law Journal 1

- Kennedy, David. « Critical Theory , Structuralism and Contemporary Legal Scholarship » (1985) 21 New Eng. L. Rev 209
- Kennedy, Duncan. « A Semiotics of Legal Arguments » (1991) 42 Syracuse Law Review 75
- Kennedy, Duncan. « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975-1976) 89 Harv. L. Rev. 1685
- Kennedy, Duncan. « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975) 89 Harvard Law Review 1685
- Kennedy, Duncan. « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1975-76) 89 Harvard Law Review 1685
- Kennedy, Duncan. « Legal Formality » (1973) 2 Journal of Legal Studies 351
- Klare, Karl. « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978) 62 Minnesota Law Review. 265
- Kouvéje, Alex. « En attendant le cycle. Que faire après Seattle ? » (2000) 2 Politique étrangère 439
- Leiter, Brian. « Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered » (2001) 111:2 Ethics 278
- Llewellyn, Karl N. « A Realistic Jurisprudence -- The Next Step » (1930) 30:4 Columbia Law Review 431
- Llewellyn, Karl N. « A Realistic Jurisprudence-The Next Step » (1930) 30 Columbia Law Journal 431
- Llewellyn, Karl N. « Some Realism about Realism. Respond to Dean Pound » (1930) 44 Harvard Law Review 1222
- Long, Olivier. « Place du droit dans le système commercial du GATT », (1985) 184 RCADI
- Lorite Escorihuela, Alejandro. « Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law » (2003) 14 EJIL 703
- Marceau, Gabrielle. « L'affaire *CE – Amiante* et la nouvelle approche de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC concernant les risques à la santé » (2001) 38 Canadian Yearbook of International Law 213

- Joshi Manoj, « Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organization Agreements? (2004) 38:1 Journal of World Trade 69 »
- Meier, Mike. « GATT, WTO, and the environment: to what extent do GATT/WTO rules permit member nations to protect the environment when doing so adversely affects trade? », (1997) 8 Colorado Journal of International Environmental Law & Policy 241
- Michaut, François. « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit » (1987) 39:2 Revue internationale de droit comparé 343
- Morgenthau, Hans. « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 American Journal of International Law 260
- Murphy, Cornelius F. « Liberalism and Political Society » (1985) 26 Am. J. Juris. 125
- Neven, Damien. « How Should Protection be Evaluated in Article III GATT Disputes? » (2001) 17 European Journal of Political Economy 421
- Paul, Julius. « Foundation of Legal Realism » (1957-58) 37 West Virginia Law Review 37
- Peel, Jacqueline. « Confusing product with process: a critique of the application of product-based tests to environmental process standards in the WTO », (2002) 10:2 New York University Environmental Law Journal 217
- Pound, Roscoe. « The Need of a Sociological Jurisprudence » (1907) 19 Green Bag 607
- Pound, Roscoe. « The Theory of Judicial Decision » (1923) 36 Harvard Law. Review 641
- Pound, Roscoe. « The Theory of Judicial Decision » (1923) 36 Harvard Law. Review 802
- Pound, Roscoe. « The Theory of Judicial Decision » (1923) 36 Harvard Law. Review 940
- Pound, Roscoe. « The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice » (1906) 29:1 A.B.A. Rep. 395 à la p. 400
- Quadri, Rolando. « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public » (1952) 080 RCADI 580 à la p. 609

- Quick, Rheinhard et Christian Lau. « Environmentally motivated tax distinctions and WTO law » (2003) 6:2 *Journal of International Economic Law* 419
- Roessler, Frieder. « Beyond the Ostensible: A Tribute to Professor Robert Hudec's Insights on the determination of the likeness of product under the national treatment provisions of the GATT » (2003) 37:4 *Journal of World Trade* 771
- Schoenbaum, Thomas J. « International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation » (1997) 91 *American Journal of International Law* 268
- Siger, Joseph William. « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory » (1984) 94:1 *Yale Law Journal* 1
- Skouteris, Thomas. « Fin de NAIL: New Approaches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship » (1997) 10 *Leiden journal of International Law* 415
- Smythe, Elizabeth, Peter Smith. « Legitimacy, Transparency, and Information Technology: The World Trade Organization in an Era of Contentious Trade Politics » (2006) 12 *Global Governance* 31
- Trachtman, Joel. « The Domain of WTO Dispute. Resolution » (1999) 40:2 *Harv. Int'l L. J.* 333
- Trubeck, David M. « Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism » (1984) 36 *Stan L. R.* 575
- Weinstein, Michael M. et Steve Charnovitz. « The Greening of the WTO » (2001) 80:6 *Foreign Affairs* 147
- Zedalis, Rex J. « A Theory of the GATT "Like" Product Common Language Cases » (1994) 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 33

DOCUMENTATION OFFICIELLE

- GATT, *Border tax adjustment. Report of the Working Party adopted on 2 December 1970*, OMC, L/3464, en ligne: [wto.org < http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840088.pdf>](http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840088.pdf).
- OMC, Comité sur le commerce et environnement, Rapport du secrétariat, *Base de données sur l'environnement pour 2006*, OMC Doc. off. WT/CTE/EDB/6 (26 juin 2009)

OMC. *Déclaration ministérielle*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 4ième sess., Doha, (14 novembre 2001)

OMC, Comité des négociations commerciales, *Décision sur le Commerce et Environnement*, OMC Déc. LT/UR/D-6/2 (14 avril 1994)

OCDE, *Les taxes liées à l'environnement dans les pays de l'OCDE: problèmes et stratégies*, Série Environnement, Paris, OCDE, 2001

PNUE, OMC, *Commerce et Changement Climatique*, Genève, OMC, en ligne : http://www.wto.org/French/res_f/publications_f/trade_climate_change_f.htm.

CNUCED, *Making Certification Work for Sustainable Development: The Case of Biofuels*, Doc. Off. CNUCED, Doc. NU UNCTAD/DITC/TED/2008/1, 2008

GATT, Conseil, *Border Tax Adjustment – Proposed Terms of Reference for Working Party*, GATT Doc. C/W/124, 28 mars 1968

OCDE, Secrétariat général, *Procédés et méthodes de production (PMP) : cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP*, n° de doc. OCDE/GD(97)137, Paris, OCDE, 1997, en ligne : OCDE [http://www.oelis.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/\\$FILE/08F73098.PDF](http://www.oecd.org/olis/1997doc.nsf/LinkTo/$FILE/08F73098.PDF) NT0000299E/

CNUCED/OMC, « Une introduction à l'éco-étiquetage », en ligne : (2003) 73 *Gestion de la qualité des exportations* à la p. 2, < <http://www.intracen.org/tdc/Export%20Quality%20Bulletins/eq73fr.pdf>>

AUTRES SOURCES

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, André-Jean Arnaud, dir., 2e éd., Paris, LGDJ/Montchrestien, 1993

The New Shorter Oxford English Dictionary, Lesley Brown, dir., Vol. I, Clarendon Press, 1993, page 1588

Juridictionnaire, en ligne : [btb.termiumplus.gc.ca](http://www.btb.termiumplus.gc.ca) [http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_t&page=916.html]

Hazan, Pierre. « OMC = "organisation mondiale du caviar". Violente manifestation samedi à Genève contre le néo-libéralisme » (18 mai 1998) *Le Figaro*, en ligne : liberation.fr <<http://www.liberation.fr/economie/0101245426-omc-organisation-mondiale-du-caviar-violente-manifestation-samedi-a-geneve-contre-le-neo-liberalisme>>